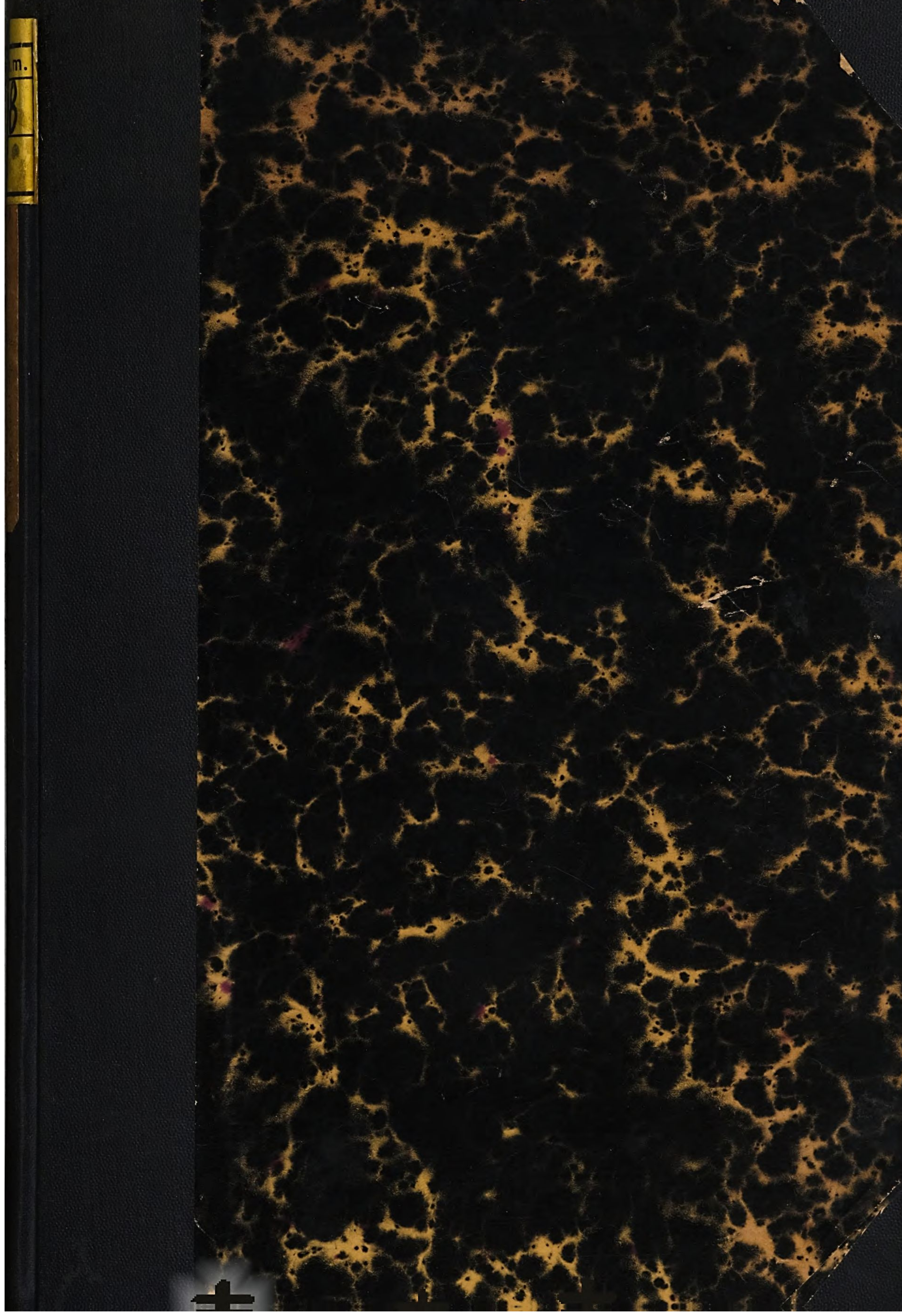




From m.

358 y.

Keff

Bayerische Staatsbibliothek



<36647666920010

Beiträge zur Lehre von der *fraus
legi facta* in den Digesten.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

GENEHMIGT

VON DER JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

UND

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH ZU VERTEIDIGEN

am 28. Mai 1895 um 12^{1/2} Uhr

von

Paul Neff.

OPPONENTEN:

Herr Franz von Savigny, Gerichtsassessor.

„ Dr. jur. Gerhard Anschütz, Regierungsassessor.

„ Paul Böhlau, Gerichtsassessor.

Stuttgart.

Hofbuchdruckerei von Greiner & Pfeiffer.

672



Herrn Dr. Alfred Pernice,

Geheimem Justizrate, ordentlichem Professor der Rechte an der Universität
zu Berlin, Mitgliede der Akademie der Wissenschaften zu Berlin,

und

Herrn Dr. Ernst Eck,

Geheimem Justizrate, ordentlichem Professor der Rechte an der Universität
zu Berlin,

als ein Zeichen aufrichtiger Dankbarkeit und Verehrung

zugeeignet

von

ihrem Schüler.

Vorbemerkung.

Den Anlass zu vorliegender Arbeit gab die Schrift von Ivo Pfaff, zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere. (Wien 1892.) Pfaff hat seiner Abhandlung keine Grenzen gesteckt: er hat sich nicht auf die römischen Rechtsquellen, noch weniger auf einen Teil derselben beschränkt, sondern die ganze römische Litteratur, mittelalterliches und modernes Recht, manchmal sogar die Poesie in den Kreis seiner Untersuchung gezogen. Die Basis für seine Theorie bilden jedoch die Legaldefinitionen, die in zwei Digestenfragmenten und einer Codexstelle enthalten sind, und die gewichtigsten Zeugnisse sind auch ihm die Bruchstücke aus den Schriften der römischen Juristen. Wenn es nun gelingt, von diesen für Pfaff grundlegenden Positionen aus andere Resultate zu finden, so ist seiner Lehre die stärkste Stütze entzogen und das übrige römische, mittelalterliche und moderne Beiwerk vermag ihr keinen weiteren Halt mehr zu geben.

Aus diesem Grunde beschränkt sich diese Schrift in der Hauptsache auf die Digesten. Nachdem die Lösung der grundlegenden Frage aus allgemeinen Betrachtungen gewonnen ist, wird der Nachweis geführt, dass auch die Entscheidungen der römischen Juristen mit dem gefundenen Prinzip übereinstimmen.

Inhalts-Verzeichnis.

Erster Teil.

Prinzipielle Grundlagen.

Seite

I. Der Inhalt des Gesetzes:

- | | | |
|------|---|-------|
| § 1. | 1. Die herrschende Lehre | 1—9 |
| | Darstellung — Konsequenzen — Anwendung auf römische und deutsche Verhältnisse. | |
| § 2. | 2. Abweichende Meinung | 9—13 |
| | Darstellung — Konsequenzen — Motiv des Gesetzgebers — Anwendung auf römische und deutsche Verhältnisse. | |
| § 3. | II. Die Umgehung des Gesetzes. | 13—15 |
| | Thatbestand — Verschiedenheit zwischen Wortinhalt und wirklichem Inhalt — Verhältnis des gesetzlichen und konkreten Thatbestands — Der Ausdruck „Umgehung“. | |
-

Zweiter Teil.

Die fraus legi facta.

- | | | |
|------|--|-------|
| § 4. | I. Die Litteratur | 16—19 |
| | Theorien von Baehr, Barthelmes, Pfaff; Savigny, Thöl — Zur Kritik dieser Theorien. | |
| § 5. | II. Die Legaldefinitionen | 19—23 |
| | Stellen von Paulus — Ulpian — Theodosius und Valentinian. | |
| § 6. | III. Begriff der fraus legi facta | 24—27 |
| | Begriff — Geschichtliches — Das Gesetz und die fraus — Abwehr der fraus. | |
-

Belege aus den Digesten.

	Seite
Vorbemerkung	28—29
§ 7. A. Die lex Julia et Papia Poppaea	30—49
I. Das tacitum fideicommissum — Einleitung — Geschichtliche Entwicklung: Ausgangspunkt; die Gesetzgebung gegen das fideicommissum tacitum (senatus consultum Plancianum; beneficium Trajani; Ereption des fideicommissum tacitum) — Fälle benannter fraus: Ulpian 25, 17 — 1 43 § 3 D. 28, 6 — 1 103 D. 30 — 1 123 § 1 D. 30 — 1 10 D. 34, 9 — 1 11 D. 34, 9 — 1 18 D. 34, 9 — 1 3 D. 49, 14 — 1 40 D. 49, 14.	
II. Bedingung der Ehelosigkeit bei letztwilligen Verfügungen — Fälle benannter Fraus: 1 64 § 1 D. 35, 1 — 1 79 § 4 D. 35, 1.	
III. Die Capacitätsnormen — Fälle benannter fraus: 1 27 D. 22, 3 — 1 37 § 6 D. 32 — 1 7 D. 28, 7.	
IV. Das patronatische Pflichtteilsrecht gegen den libertus centenarius — Fälle benannter fraus: 1 16 pr. D. 37, 14.	
§ 8. B. Das senatusconsultum Vellejanum	50—60
Fälle benannter fraus: 1 29 § 1 D. 16, 1 — 1 32 § 3 D. 16, 1 — 1 8 § 6 D. 16, 1.	
§ 9. C. Das senatusconsultum Macedonianum	61—67
Fälle benannter fraus: 1 3 § 3 D. 14, 6 — 1 7 § 3 D. 14, 6 — 1 7 pr. D. 14, 6 — 1 7 § 1 D. 14, 6.	
§ 10. D. Anhang: Aus der Sklavengesetzgebung des Augustus . . .	68—75
I. lex Aelia Sentia — Fälle benannter fraus: 1 7 § 1 D. 40, 9 — 1 16 § 1 D. 40, 9 — 1 6 § 3 D. 37, 14 — 1 32 D. 40, 4.	
II. lex Fufia Caninia — Fälle benannter fraus: Gajus I, 46 — epitome Gaji I. 2, § 3, 4.	
Schlussbemerkung	75

Beiträge

zur Lehre von der *fraus legi facta* in den Digesten.

ERSTER TEIL.

Prinzipielle Grundlagen.

I. Der Inhalt des Gesetzes.*)

§ 1.

1. Die herrschende Lehre.

I. „Gesetz ist der Ausdruck des Willens des Gesetzgebers, Inhalt des Gesetzes das vom Gesetzgeber erkennbar Gewollte, der Wille des Gesetzgebers“.

„Inhalt des Gesetzes ist nicht der irgendwie vorhandene und irgendwo geäußerte, sondern nur der in verfassungsmässiger Form zum Ausdruck gebrachte Wille des Gesetzgebers.“

Mit diesen Worten präzisiert Regelsberger in seiner Darstellung des römischen Rechts den Standpunkt der herrschenden Lehre (Pandekten § 35).

II. Aus diesen Sätzen ergeben sich folgende Konsequenzen:

1) Es ist kein Gesetz vorhanden, obgleich verfassungsmässig

*) Anm. Es wird durchaus nicht beabsichtigt, an dieser Stelle die herrschende Lehre eingehend zu widerlegen und die abweichende Anschauung erschöpfend zu begründen: Widerlegung und Begründung können nur in leichten Umrissen angedeutet werden; es sollen auch nicht die der herrschenden Lehre entgegenstehenden Theorien — Thöl, Binding, Wach, Kohler sind in erster Linie als deren Vertreter zu nennen — einer Besprechung unterzogen werden. — Wenn die folgenden Ausführungen Anlass geben, die Aufmerksamkeit auf die hier berührten bedeutsamen Fragen von neuem hinzulenken, so haben sie ihren Zweck erreicht.

zustandegekommene Erklärungen des Gesetzgebers vorliegen, wenn der Wille*) des Gesetzgebers mit diesen Erklärungen nicht übereinstimmt.**)

2) Es ist kein Gesetz vorhanden, obgleich verfassungsmässig zustandegekommene Erklärungen des Gesetzgebers vorliegen, wenn der Gesetzgeber in eine Reihe gleichberechtigter Personen zerfällt***) und der Wille dieser Personen kein einheitlicher ist. Diese Konsequenz ergibt sich mit Notwendigkeit aus der herrschenden Lehre: wenn der Inhalt eines Gesetzes in dem Willen des Gesetzgebers besteht und der Gesetzgeber in eine Mehrzahl gleichberechtigter Personen zerfällt, so wird der Inhalt des Gesetzes gebildet gleichsam durch die Summe des von diesen einzelnen Faktoren der Gesetzgebung Gewollten; wenn nun der Wille aller dieser Faktoren ein einheitlicher ist, so ist dadurch ein festbestimmter Inhalt des Gesetzes entstanden; wenn aber der Wille auch nur eines dieser Faktoren von dem Willen aller anderen Faktoren abweicht, so negiert der abweichende Wille dieses einen Faktors den Willen aller anderen und hinwiederum negiert der einheitliche Wille aller anderen Faktoren jenen von dem ihrigen abweichenden Willen: da nun die gesetzgebenden Faktoren nach der Voraussetzung einander gleichstehen, also einer Majorität (aus denselben Gründen wie etwa bei der *communio incidens*) keine Bedeutung zukommt, so ist in dem Falle, wo kein einheitlicher Wille unter ihnen vorhanden ist, ein sich selbst widersprechendes und daher inhaltsloses und ungültiges Gesetz durch die gesetzgeberische Erklärung geschaffen worden.

Der Begriff der Verschiedenheit enthält immer ein negatives Element: der Wille a und der Wille b sind vorhanden; mit der Position

*) Anm. Im folgenden wird der Ausdruck „Wille des Gesetzgebers“ immer im Sinne der herrschenden Lehre gebraucht; dieser gesetzgeberische Wille besteht also in dem Wollen eines bestimmten Rechtssatzes.

**) Anm. Die Lehre von der ausdehnenden und einschränkenden Interpretation ist vom Standpunkt der herrschenden Theorie über den Inhalt des Gesetzes aus inkonsequent: wenn die Erklärung gegenüber dem Willen zu eng oder zu weit ist, so fehlt die Übereinstimmung; es ist willkürlich, hier von dem Erfordernis der „vollen“ Übereinstimmung abzusehen und sich mit einer teilweisen Übereinstimmung zu begnügen; in beiden Fällen ist die Erklärung vom Willen nicht getragen und daher hinfällig. Das Vorhandensein der Lehre von der ausdehnenden und einschränkenden Interpretation ist ein Beweis für die innere Unhaltbarkeit der herrschenden Theorie: der unerträglichen Konsequenzen halber wird das Prinzip hier verlassen.

***) Anm. Gesetzgeber ist bei dieser Voraussetzung im einzelnen Fall die Majorität der gesetzgebenden Körperschaft; die Minoritäten derselben sind dem einzelnen Gesetz gegenüber nicht Gesetzgeber; es handelt sich also hier immer um den Willen der Majorität.

von a wird alles, was nicht a ist, negiert, also auch b; mit der Position von b wird alles, was nicht b ist, negiert, also auch a. In b ist also zweifelsohne enthalten non a, in a andererseits non b; wenn also in demselben Satze a poniert und negiert oder b poniert und negiert wird, so hebt sich der Satz in sich selbst auf.

Es ist nicht notwendig, dass in einem solchen Falle, wo der Wille der mehreren gesetzgebenden Faktoren kein einheitlicher ist, auch zugleich eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung vorliege; es ist vielmehr möglich, dass im Wortlaut des Gesetzes sowohl ein Wille a als auch ein Wille b Ausdruck gefunden haben; dies wird besonders bei dem Vorhandensein mehrdeutiger Wörter in dem Gesetzestext zutreffen. *)

*) Anm. Der Ausdruck „Übereinstimmung von Wille und Erklärung“ ist bildlich und ungenau; er ist der Bequemlichkeit wegen auch oben gebraucht. Der Wille des Gesetzgebers (cf. Anm. 1 S. 2) und die scheinbare Erklärung dieses Willens treten in keinerlei Beziehung zu einander, sie stimmen also auch nicht mit einander überein; sie sind wesensverschiedene, gewissermassen incommensurable Grössen. Die Erklärung ist nämlich nicht das Produkt desjenigen Willens, mit dem sie nach der herrschenden Lehre „übereinstimmen“ soll, sondern eines von diesem verschiedenen Willens, der darauf gerichtet ist, in der Aussenwelt Zeichen oder Laute hervorzubringen, die auf Grund der Ideenassociation und Logik in demjenigen, der sie wahrnimmt, Vorstellungen hervorrufen, die mit dem „Inhalt des gesetzgeberischen Willens“ identisch sind; es stimmt also nicht die Erklärung, sondern das Produkt der Erklärung mit dem Willen des Gesetzgebers überein.

Bei jeder Erklärung eines Willens (Gedankens?) sind zwei verschiedene Willensrichtungen zu unterscheiden: einerseits ein Wille, der „erklärt“ werden soll, andererseits ein Wille, eine Erklärung zu schaffen, d. h. ein Wille, in der Aussenwelt gewisse Veränderungen hervorzurufen, die geeignet sind, in der Regel gewisse Vorstellungen zu erzeugen, wenn sie ein menschliches Auge oder Ohr treffen. Es leuchtet ein, dass sich der erstgenannte Wille zum zweitgenannten wie Ursache zur Wirkung verhält: der Wille, eine Erklärung zu schaffen, ist veranlasst durch das Vorhandensein des Willens, der „erklärt“ werden soll; der letztere ist das Motiv des ersteren.

Der Erklärung selbst kommt ein geistiger Inhalt überhaupt nicht zu; ihr „Inhalt“, d. h. ihr Wesen, besteht in den Veränderungen der Materie, in dem physikalischen, mechanischen Vorgang der Erzeugung von Lauten oder Schriftzeichen; die Erklärung ist etwas rein Körperliches, das menschlichem Willen seine Entstehung verdankt. Wenn jedoch die Erklärung (d. h. die ihr Wesen bildenden Laute oder Zeichen) ein menschliches Ohr oder Auge trifft, so giebt sie Anlass zur Entstehung von Vorstellungen; wie sie selbst ursprünglich dem Vorhandensein von Vorstellungen ihr Dasein verdankt, so wird sie wiederum Ursache für die Entstehung von Vorstellungen. Wir gebrauchen für dieses Produkt der Erklärung den bildlichen Ausdruck: „Inhalt der Erklärung“, ein Bild, das um so schiefer ist, als es nicht nur Abstraktes und Konkretes, Ursache

3) Es ist kein Gesetz vorhanden, obgleich verfassungsmässig zustandegekommene Erklärungen des Gesetzgebers vorliegen, wenn die Erklärungen überhaupt von keinem Willen des Gesetzgebers getragen sind, d. h. wenn im Willen des Gesetzgebers überhaupt kein bestimmter Rechtssatz gewollt war. Dieser Fall kann dann besonders leicht eintreten, wenn (wie sub 2) Personenmehrheiten Gesetzgeber sind: ebenso wie ein einheitlicher Wille der Mitglieder dieser Personenmehrheiten notwendig ist, um dem Gesetz einen Inhalt zu geben, ist auch erforderlich, dass jedes einzelne Mitglied überhaupt einen auch auf den „Inhalt“ des Gesetzes bezüglichen Willen habe, denn wenn der Inhalt des Gesetzes im Willen des Gesetzgebers besteht, so muss auch ein entsprechender Wille des Gesetzgebers vorliegen; da aber nach der Voraussetzung die Mitglieder der gesetzgebenden Personenmehrheiten einander gleichgeordnet sind, so ist von allen Mitgliedern ein gleichermassen ausgebildeter bestimmter „Rechtssatzwille“ erforderlich, um dem Gesetz einen Inhalt zu geben; fehlt auch nur bei einem der Mitglieder ein so qualifizierter Wille, so ist die Erklärung nicht vom „Willen des Gesetzgebers“ getragen und daher hinfällig.

4) Es ist unzulässig, zu präsumieren, dass die verfassungsmässig zustandegekommene Erklärung dem Willen des Gesetzgebers entspreche; denn wenn der Wille das Wesentliche, die Erklärung nur ein Hilfsmittel zur Erkenntnis des Willens ist, so ist notwendig, dass in jedem einzelnen Fall der Nachweis geführt werde, dass auch wirklich der Wille des Gesetzgebers mit der Erklärung übereinstimme; in dem Vorhandensein der Erklärung liegt kein Beweis für das Vorhandensein des Willens: denn nur der erklärte Wille, nicht aber die Erklärung ist nach der herrschenden Lehre Gesetz. Die Präsumpion, dass bis zum Beweise des Gegenteils der Erklärung ein Wille entspreche, ist ein Notbehelf der herrschenden Lehre, aber zugleich eine Abweichung von deren Prinzip.

III. Der Ursprung der herrschenden Lehre ist kaum zweifelhaft: das Gesetz wird von ihr ebenso behandelt wie die privatrechtliche Willenserklärung; einer der wichtigsten Akte der Staatsgewalt wird nach denselben Grundsätzen beurteilt, wie eine der gewöhnlichsten Erscheinungen des bürgerlichen Lebens; eine Erklärung, die dem ganzen Kreise der Volksgenossen gegenüber erfolgt, deren Gültigkeit die Erfüllung kompliziertester Formvorschriften voraussetzt, hat ebensowenig selbständige

und Wirkung verwechselt, sondern auch die Vorstellung als etwas an sich, losgelöst von einer menschlichen Intelligenz Existierendes erscheinen lässt, während doch die Vorstellung nur im Geiste bestimmter Menschen vorhanden ist und damit ebenso abhängig von der Materie ist, wie von dem in dieser Materie wohnenden Geiste — eine Thatsache, die nur zu oft übersehen wird.

Bedeutung, wie eine alltägliche, formlose, oft nur durch Kopfnicken vollziehbare Willensäußerung gegenüber einer einzelnen Person. — Die herrschende Lehre wendet die von der Willenstheorie für die „privatrechtliche Willenserklärung“ ausgebildeten Sätze ohne weiteres auf die „gesetzgeberische Willenserklärung“ an und glaubt dadurch dem Inhalt einen Sieg über die Form zu sichern.

Regelsberger giebt als „Ziel der Auslegung“ an: „die Herausstellung des Gesetzesinhalts“; darauf fragt er: „aber was ist der Inhalt des Gesetzes überhaupt?“ und fährt fort: „die Antwort kann nur dem Wesen des Gesetzes entnommen werden“; — zweifellos ist dies der einzige Weg, um zu einem Resultat zu gelangen.

Die Rolle, die das Gesetz in der Rechtsentwicklung spielt, lässt einen Schluss auf sein Wesen zu: die Rechtsbildung vollzieht sich ursprünglich ausschliesslich auf dem Wege des Gewohnheitsrechts; mit der Entwicklung der Verhältnisse tritt das Gesetz der Gewohnheit als zweite Rechtsquelle ebenbürtig zur Seite und im weiteren Verlauf drängt es die ursprüngliche Erscheinungsform des Rechts immer mehr in den Hintergrund, freilich ohne zu einer ausschliesslichen Herrschaft zu gelangen. Der Umstand, dem das Gesetz seine Einführung, die Eigenschaft, der es die Bevorzugung vor dem Gewohnheitsrecht verdankt, ist die Sicherheit, die es dem Rechtsleben dadurch bringt, dass bei ihm der Rechtssatz in bestimmter, unwandelbarer Prägung in der Aussenwelt erkennbar wird. Die Erscheinungsform des Gewohnheitsrechts ist vielfältig; der Gewohnheitsrechtssatz zeigt sich in stets wechselnder Gestalt: Unkenntnis des Rechts, Willkür in der Rechtssprechung, Unsicherheit des Verkehrs nehmen unter der Herrschaft des Gewohnheitsrechts mit der fortschreitenden Entwicklung der Lebensverhältnisse überhand. Das Gesetz soll diesen Missständen abhelfen: an Stelle der Unsicherheit soll Sicherheit, an Stelle der wandelbaren Erscheinungsform soll die unveränderliche Fassung treten; Sicherheit, Sichtbarkeit, Unwandelbarkeit gehören zum Wesen des Gesetzes; die herrschende Lehre, die den Inhalt des Gesetzes abhängig macht vom unsicheren, unsichtbaren, wandelbaren Willen des Gesetzgebers schreibt dem Gesetz einen Inhalt zu, der mit dessen Wesen im Widerspruch steht.

IV. Wie wenig die herrschende Lehre dem Rechtsgefühl früherer Zeiten entspricht, wie unhaltbar ihre Konsequenzen für die heutige Gesetzgebung sind, das zeigt ein Blick auf römische und moderne deutsche Verhältnisse.

1) Zuerst möge die Zeit der zwölf Tafeln ins Auge gefasst werden: das Zehnmännergkollegium hatte den Entwurf des Gesetzes festgestellt, die Komitien hatten ihn angenommen; damit war er Gesetz geworden. Kein Zeitgenosse dürfte diesem Gesetz gegenüber auch nur einen Augen-

blick darüber im Zweifel gewesen sein, dass für seinen Inhalt der Wille der in den Komitien stimmenden Volksgenossen oder gar der Zehn Männer völlig irrelevant war; jedermann hatte vielmehr die feste Überzeugung, dass der Rechtssatz in den Worten der zwölf Tafeln sich verkörpere; sichtbar, sicher und unwandelbar trat dort das Recht in die Wirklichkeit und mit heiliger Scheu haften die folgenden Generationen am Wort; die Juristen erschöpften ihren Scharfsinn an der Aufgabe, in die vom „Wortlaut“ gezogenen Schranken die Fülle des „wirklichen Inhalts“ hineinzupressen, — sogar soweit geht die Verehrung der Worte der zwölf Tafeln, dass man versuchte, zu einer Zeit, wo mit der Veränderung der Verhältnisse neue Rechtsinstitute sich gewohnheitsmässig gebildet hatten, diese selbständigen auf Gewohnheit beruhenden Rechtssätze in die Worte der zwölf Tafeln hineinzuzinterpretieren, denn neben diesen schien eine unsichtbare Rechtsbildung überhaupt ausgeschlossen zu sein. Wenn jemand zur Zeit der Geltung der zwölf Tafeln den Satz aufgestellt hätte, dass nicht die in Erz gegrabenen Worte, sondern der Wille des Gesetzgebers — sei es nun der Decemvirn oder der in den Komitien stimmenden Volksgenossen — Gesetz sei, so würde er entweder für einen Hochverräter oder für einen Irrsinnigen gehalten worden sein; einer solchen Beurteilung würde aber nicht die Unfähigkeit zu Grunde gelegen sein, hinter dem Wortinhalt den wirklichen Inhalt zu entdecken, sondern die Anschauung, dass die Sicherheit, Sichtbarkeit und Unwandelbarkeit des Gesetzes verloren gehen könnte, wenn man gestattete, von dem Wortinhalt auch nur im geringsten abzuweichen: der gesunde Gedanke, dass das Gesetz nicht mit dem Willen des Gesetzgebers identifiziert werden dürfe, wollte man nicht alle Errungenschaften aus den Kodifikationskämpfen verlieren, führte zu der Übertreibung, dass allein der Wortinhalt beachtet wurde.

2) In den Perioden, wo die Gesetzgebung allmählich ausschliesslich in die Hand der Komitien kam, änderte sich das römische Rechtsgefühl nicht: auch in diesen Zeiten ist der Wille des Gesetzgebers ohne Bedeutung für den Inhalt des Gesetzes; dies ergibt sich schon aus der Betrachtung der thatsächlichen Verhältnisse: Gesetzgeber im einzelnen Fall waren diejenigen Volksgenossen, die in den zur Majorität gehörigen Centuriatkomitien mit „Ja“ gestimmt hatten; diejenigen, die in den Centurien der Minorität mit „Ja“ gestimmt hatten und innerhalb ihrer Centurien überstimmt worden waren, kamen nicht in Betracht.*) Mass-

*) Anm. Es soll dahingestellt bleiben, ob nicht vielmehr die Centurie als Ganzes die Funktion des Gesetzgebers hatte, so dass ein Zurückgreifen auf die einzelnen Teile dieses Ganzen überhaupt ausgeschlossen ist; bei dieser Auffassung könnte überhaupt von einem gesetzgeberischen Willen keine Rede mehr sein.

gebend für den Inhalt des Gesetzes wäre also der Wille aller derjenigen Volksgenossen gewesen, aus denen sich im Einzelfall der „Gesetzgeber“ zusammensetzte; abgesehen von der Thatsache, dass kaum jemals ein einheitlicher und bestimmter Wille aller dieser Personen vorhanden gewesen wäre, also niemals ein Gesetz hätte zustandekommen können, würde es dem römischen Rechtsgefühl widersprochen haben, den Inhalt des Gesetzes abhängig zu machen von dem Willen und der Meinung der zusammengewürfelten Menge, die jeweilig den „Gesetzgeber“ bildete.

3) Als der Senat an die Stelle der Komitien trat, blieb die gleiche Anschauung bestehen: nicht der Wille der zur Majorität gehörigen Senatoren war Gesetz, sondern der Senatsschluss!

4) Nachdem im Laufe der Zeit die Gesetzgebungsgewalt in die Hand des Kaisers gekommen war, scheint die Situation sich geändert zu haben: der Wille, den der Kaiser als Gesetzgeber fasst und erklärt, ist äusserlich betrachtet Gesetz. Die römischen Kaiser und besonders auch Justinian betonen häufig ganz energisch, dass ihr Wille Gesetz sei.

Es ist unbestritten, dass die Gesetzgebung, wenn sie über theoretische Fragen entscheidet, für die Wissenschaft unverbindlich ist; die Frage nun nach dem Wesen des Gesetzes gehört der Theorie an. — Das „Gesetz“ des römischen Alleinherrschers ist von dem „Gesetz“ der römischen Komitien nicht verschieden: auch der römische Kaiser will einen sichtbaren, sicheren, unwandelbaren Rechtssatz schaffen; damit ist aber die Unabhängigkeit desselben von dem internen Moment des gesetzgeberischen Willens notwendigerweise gegeben. Die Lage ist gegen früher nur insofern eine andere geworden, als alle Schranken der Form für die Entstehung des Gesetzes weggefallen sind: der römische Alleinherrscher ist an keine Formvorschriften gebunden; ja sogar wenn er sich selbst solche gesetzt hätte, so würde doch ein diesen Formvorschriften nicht entsprechendes Gesetz darum nicht ungültig werden, sondern diesen einfach als *lex posterior* stillschweigend derogieren. Weil nun der römische Kaiser ganz willkürlich Gesetze erlassen konnte, so scheint es auf den ersten Blick, als ob das Gesetz selbst nichts anderes als der kaiserliche Wille sei; aber wenn schon die Entstehung des Gesetzes der Willkür eines einzelnen ausgeliefert ist, so ist doch der Inhalt des Gesetzes nach wie vor von dem Willen des Gesetzgebers unabhängig; — freilich kann der Gesetzgeber durch authentische Interpretation mit Leichtigkeit einer Auslegung des Gesetzes vorbeugen, die seinem Willen widerspricht, und dieser Umstand musste die Anschauung bestärken, dass der Wille des Gesetzgebers den Inhalt des Gesetzes bilde; es ist aber wohl zu beachten, dass diese „Interpretation“ ein neues Gesetz

ist, das ein vorhergehendes Gesetz aufhebt und ersetzt, den Inhalt desselben also völlig unberührt lässt.

Als sich die Theorie mit der Frage nach dem Inhalt der Gesetze befasste, scheint sie ihre Betrachtungen an diese Kaisergesetze angeknüpft und ihre Sätze an diesen entwickelt zu haben: die Gesetze des unumschränkten Alleinherrschers wurden zum Typus für das Gesetz überhaupt gemacht und die energische Betonung des persönlichen Willens, die in ihnen hervortritt, findet ihren Wiederhall in der theoretischen Auslieferung des Gesetzes an den Willen seines Erzeugers; man vergass, dass die Definitionen des Gesetzgebers die Wissenschaft nicht binden, dass die selbstherrlichen Anschauungen der römischen und byzantinischen Kaiser an dem Wesen der Dinge nichts zu ändern vermögen; wenn auch die Äusserungen der römischen und byzantinischen Kaiser mit der herrschenden Lehre übereinstimmen, so können sie dieser doch keine Stütze bieten.

5) Versucht man ferner, die herrschende Lehre über den Inhalt des Gesetzes auf die heutige deutsche Reichsgesetzgebung anzuwenden, so erhält man folgende Resultate: die Ausübung*) der Gesetzgebung steht im deutschen Reiche dem Bundesrat und Reichstag zu; im einzelnen Fall ist der Gesetzgeber die Majorität dieser beiden Körperschaften; der Wille der Angehörigen dieser Majoritäten repräsentiert also den Willen des Gesetzgebers und damit den Inhalt des Gesetzes.

Wenn man mit Laband (Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. I, S. 323) in den Beschlüssen des thatsächlich beschlussunfähigen, formell aber wegen unterbliebener Anzweiflung der Beschlussfähigkeit nach der Geschäftsordnung „präsumptiv beschlussfähigen“ Reichstags eine Verfassungsverletzung sieht, so sind zum Zustandekommen eines gültigen Reichstagsbeschlusses 100 Stimmen nötig; der Inhalt des Gesetzes ist also mitbestimmt durch den Willen dieser 100 Reichstagsabgeordneten; wenn nun die Willensrichtung dieser 100 Abgeordneten keine ganz einheitliche oder wenn der Wille auch nur eines Abgeordneten nicht fest bestimmt war, so ist ein Gesetz nicht vorhanden, obgleich verfassungsmässige Erklärungen des Gesetzgebers vorliegen (s. oben S. 2 ff.).

Im Bundesrat ist zur Fassung eines Beschlusses die Majorität der in der betreffenden Sitzung vertretenen Bundesratsstimmen erforderlich; Gesetzgeber sind hier die der Majorität angehörenden Regierungen, nicht die Bundesratsbevollmächtigten, da diese nur Vertreter in der Erklärung

*) Anm. Der Kürze wegen ist die jetzt aufgegebenen Anschauung, dass die Ausübung der Gesetzgebung dem Bundesrat und Reichstag gemeinsam zustehe, dem folgenden zu Grunde gelegt; aber auch wenn die Laband'sche Theorie adoptiert worden wäre, würden die Konsequenzen der herrschenden Lehre nicht weniger ungeheuerlich sein.

sind, nicht im Willen. Nach der herrschenden Lehre ist also zum Zustandekommen des Gesetzes notwendig der einheitliche und bestimmte Wille der „Regierungen“, die zur Majorität gehören; es ist durchaus zweifelhaft, wer in Wirklichkeit der Träger dieses Willens ist; wahrscheinlich ist, dass auch hier eine Mehrheit von Personen in Frage kommt; jedenfalls wird auch hier, wie im Reichstag, der einheitliche und bestimmte Wille einer grösseren Anzahl von Personen gefordert. — Aber selbst angenommen, dass im einzelnen Fall innerhalb der Majoritäten des Bundesrats und Reichstags Einheitlichkeit und Bestimmtheit des Willens vorhanden wäre, so ist überdies noch die Kongruenz des Willens dieser beiden Majoritäten unerlässlich: weichen diese Majoritäten in ihrem gesetzgeberischen Willen von einander ab, so ist trotz der verfassungsmässigen Erklärung kein Gesetz vorhanden. — Wenn die herrschende Lehre richtig ist, so ist es nicht unwahrscheinlich, dass allen bisherigen Reichsgesetzen die Rechtsverbindlichkeit mangelt.

Es dürfte sich ergeben haben, dass die konsequente Anwendung der herrschenden Lehre auf römische und moderne deutsche Verhältnisse zu unerträglichen Resultaten führt.

§ 2.

2. Abweichende Meinung.

I. Der Rechtssatz, der in der Form des Gesetzes in die Erscheinung tritt, besteht in einer Summe von bestimmten gesprochenen oder geschriebenen Wörtern; diese bewirken in der Vorstellung des Hörers oder Lesers unmittelbar die Entstehung einer bestimmten Gedankenreihe; diese Gedankenreihe ist der Wortinhalt des Gesetzes — *verba legis*.*) Bei vernünftigen und gebildeten Menschen stimmen die so erregten Gedankenreihen im allgemeinen miteinander überein. —

Das wichtigste Hilfsmittel für die Erkenntnis einer gegebenen Vorstellung ist die Bildung der in ihr enthaltenen Begriffe; zur Erkenntnis des Gesetzes ist also nötig die Herausarbeitung der in ihm liegenden

*) Anm. Es ist vielleicht nicht ganz überflüssig, nochmals daran zu erinnern, dass das gesprochene oder geschriebene Wort keinerlei Inhalt hat, dass es sich bei ihm nur um Laute oder Zeichen handelt, die lediglich Mittel sind zu dem Zweck der Erregung von Vorstellungen beim Hörer oder Leser, dass also eine „Uebertragung“ von Vorstellungen seitens des Sprechenden oder Schreibenden auf den Hörer oder Leser gänzlich ausgeschlossen ist, vielmehr durch die Schöpfung von Lauten oder Zeichen nur die Gelegenheit, der Anstoss, zur selbständigen Entstehung gewisser Vorstellungen im Hörer oder Leser gegeben wird; die Ideenassociation ist diejenige Eigenschaft des Geistes, durch welche diese Operationen ermöglicht werden.

Begriffe; die geistige Thätigkeit, der diese Aufgabe zufällt, nennt man Auslegung.

Die Bildung der Begriffe erfolgt durch die Vergleichung einer gegebenen Vorstellung mit anderen ähnlichen oder verschiedenen Vorstellungen; je zahlreicher, je feiner das zur Vergleichung herbeigezogene Material ist, desto schärfer wird das Resultat der Begriffsbildung sein. — In dem Wortinhalt des Gesetzes ist eine Vorstellungsreihe gegeben, deren Bestandteile zu Begriffen verarbeitet werden sollen; diese gegebenen Vorstellungen erzeugen durch die Ideenassociation fortschreitend immer neue theils ähnliche, theils verschiedene Vorstellungen; auf dieser Grundlage erfolgt durch den Interpreten die Herausbildung der Begriffe. Da von der Brauchbarkeit und Reichhaltigkeit des Vergleichungsmaterials die Tiefe und Schärfe des gefundenen Begriffes abhängt, so liegt es auf der Hand, dass der Jurist der berufene Interpret der Gesetze ist, weil ihm durch seine eingehende Beschäftigung mit dem Recht die grösstmögliche Anzahl von verwandten und abweichenden Vorstellungen zu Gebote steht. Zur Erzeugung solcher Hilfsvorstellungen sind theoretische und praktische Kenntnisse verwertbar, alle Wissenschaften können dem Interpreten bei der Lösung seiner Aufgabe Dienste leisten, von besonderer Wichtigkeit sind folgende Momente: der Zusammenhang des einzelnen Gesetzes mit dem geltenden Recht; der vor Erlass des einzelnen Gesetzes vorhandene Rechtszustand; die Veranlassung und der Zweck des Gesetzes; die Erklärungen des Verfassers des Gesetzes oder des Gesetzgebers über den Inhalt des Gesetzes; die Kenntnis der thatsächlichen Verhältnisse, auf die sich das Gesetz bezieht. Es ist unmöglich, eine Regel darüber aufzustellen, welche von diesen verschiedenen Hilfsmitteln im einzelnen Fall herangezogen werden sollen, denn diese müssen nach der Beschaffenheit der Umstände des einzelnen Falles gewählt werden; der Interpret ist bei dieser Auswahl unbeschränkt, und je nach seiner Individualität wird er den Begriff schärfer oder weniger scharf herausarbeiten. Es giebt bei dieser Thätigkeit nur subjektiv ein endgültiges Resultat, objektiv ist das Ergebnis der Auslegung als ein Produkt des menschlichen Geistes stets der Vervollkommnung fähig.

Durch diese Herausarbeitung aller Begriffe aus dem im gesetzlichen Wortinhalt gegebenen Material wird die Erkenntnis des Gesetzes selbst, wird der wirkliche Inhalt — *sententia legis, voluntas legis* — gewonnen: principiell ist demnach wirklicher Inhalt des Gesetzes das Resultat der auf Grund der Ideenassociation und Logik erfolgten Verarbeitung der im Wortinhalt des Gesetzes gegebenen Vorstellungen zu Begriffen, sofern diese Verarbeitung vorgenommen wurde von einem vollkommenen und allwissenden Geiste, weil dieser allein einen vollkommenen Begriff zu schaffen vermag; da aber eine solche vollkommene

Bearbeitung für den Menschen unerreichbar ist, so stellt sich in Wirklichkeit der Inhalt des Gesetzes dar als das jeweilig bestmögliche Resultat der auf Grund der Ideenassociation und Logik erfolgten Verarbeitung der im Wortinhalt des Gesetzes gegebenen Vorstellungen zu Begriffen.*)

II. Die wichtigste Konsequenz der vorgeführten Ansicht ist die veränderte Stellung, die der Wille des Gesetzgebers erhalten hat; er kommt für den wirklichen Inhalt des Gesetzes nur noch als eines der vielen Hilfsmittel bei der Herausarbeitung der Begriffe in Betracht; er hat für den wirklichen Inhalt keine konstitutive und nur selten deklarative Bedeutung. Dadurch, dass der wirkliche Inhalt des Gesetzes unabhängig geworden ist von dem Willen des Gesetzgebers, sind dem Gesetz die sein Wesen begründenden Eigenschaften der Sicherheit, Sichtbarkeit und Unwandelbarkeit gewahrt; der Wortinhalt bildet die unverrückbare Basis für die Erkenntnis des wirklichen Inhalts; Ideenassociation und Logik sind bei normalen Verhältnissen die Garantien für die Richtigkeit des Resultats der Auslegung. Die Gefahr ist nicht mehr vorhanden, dass die in Gesetzesform gekleideten Rechtssätze deshalb unverbindlich werden, weil die Erklärung dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht oder weil ihnen kein einheitlicher oder kein bestimmter Wille eines vielköpfigen Gesetzgebers zu Grunde liegt. Das einmal verfassungsmässig zustandegekommene Gesetz hat als solches volle Gültigkeit; es ist dem Zufall und der willkürlichen Präsumption in gleicher Weise entzogen.**)

III. Es ist nun noch erforderlich, das Verhältnis des Gesetzgebers zum Gesetz von dem hier dargestellten Gesichtspunkt aus zu untersuchen. — Der in der Form des Gesetzes in die Erscheinung tretende Rechts-

*) An m. Der wirkliche Inhalt des Gesetzes, *sententia*, *voluntas legis*, ist objektiv nicht bestimmbar, weil, wie schon oben S. 3 und 9 bemerkt ist, der Vorstellung keine selbständige Existenz zukommt; irreführend ist, wie am gleichen Orte ausgeführt wurde, der bildliche Ausdruck: „Inhalt des Gesetzes“. Es macht sich eben auch in diesem Zusammenhang störend geltend die menschliche Unfähigkeit, direkt etwas Abstraktes auszudrücken; unsere „abstrakten“ Vorstellungen sind immer in konkrete Bilder gekleidet; und wenn wir im Einzelfall die Bildlichkeit entfernt zu haben glaubten, tauschten wir in Wirklichkeit für das aufgegebene Bild nur ein anderes ein; freilich ist die Bildlichkeit vieler Ausdrücke dem Bewusstsein ganz entschwunden.

**) An m. Die vertretene Meinung macht keineswegs den Wortinhalt zum wirklichen Inhalt; der Wortinhalt ist nur die feste einheitliche Grundlage für die Herausarbeitung des wirklichen Inhalts, während nach der herrschenden Lehre der präsumierte oder sonst irgendwie erkannte Wille des Gesetzgebers die Basis für die auch hier notwendige Bearbeitung abgibt.

satz besteht in einer Summe von bestimmten gesprochenen oder geschriebenen Wörtern. Der Gesetzgeber kann sich über den wirklichen Inhalt dieses von ihm selbst oder von anderen festgesetzten Wortkomplexes klare Vorstellungen gemacht haben; dann haben diese Vorstellungen den Gesetzgeber veranlasst, dem Wortkomplexe Gesetzesqualität, d. h. Unabänderlichkeit, Unverletzlichkeit und zwingende Kraft gegenüber den Volksgenossen, zu verleihen. Die Vorstellungen des Gesetzgebers über den wirklichen Inhalt des Gesetzes sind also die Motive gewesen, die ihn bewogen haben, dem Wortganzen Gesetzesqualität zu verleihen; aber nur den gegebenen sichtbaren, sicheren, unwandelbaren Lauten oder Zeichen, nicht den verborgenen, zweifelhaften, veränderlichen Motiven des Gesetzgebers sollte die Gesetzesqualität zukommen. — Der Gesetzgeber hat in den Lauten und Zeichen des Gesetzes einen durch das Ohr oder Auge wahrnehmbaren Gegenstand geschaffen, der in dem Geiste des Hörers oder Lesers mit Hilfe der Ideenassociation und Logik die Vorstellung des Wortinhalts und in weiterer Entwicklung die Vorstellung des wirklichen Inhalts erzeugen sollte; das Motiv zur Herstellung eines solchen Gegenstandes kann bei dem Gesetzgeber eine Vorstellung über den wirklichen Inhalt des Gesetzes gewesen sein, es ist aber nicht notwendig, dass eine solche vorlag.

IV. Wenn man von diesem Standpunkt aus die römische und deutsche Gesetzgebung betrachtet, so verschwinden alle Schwierigkeiten, die der herrschenden Lehre hierbei erwachsen: die mit „Ja“ stimmenden Angehörigen der die Majorität bildenden Komitien — die Angehörigen der Senatsmajorität — der römische Selbstherrscher — die Mitglieder der Majoritäten des Reichstags und Bundesrats — sie alle haben in der Regel einen einheitlichen und festbestimmten Willen, den sie in entsprechender Weise erklären: ihr Wille geht dahin, dass ein bestimmtes Wortganze Gesetzesqualität erhalten solle; ihre Erklärung bejaht, wenn der Gesetzgeber in einer Personenmehrheit besteht, die teils ausdrückliche („velitis, jubeatis, Quirites“), teils stillschweigende Frage eines Vorsitzenden, ob einem bestimmten Wortlaut Gesetzesqualität zukommen solle; wenn der Gesetzgeber eine Einzelperson ist, so vollzieht sich die Fragestellung und Erklärung in seinem Innern in ähnlicher Weise und die Publikation des Gesetzestextes durch ihn lässt mit Sicherheit auf die in bejahendem Sinne gefällte Entscheidung schliessen.

Die Vorstellungen, die sich der Einzelgesetzgeber oder die Mitglieder eines mehrköpfigen Gesetzgebers über den wirklichen Inhalt der Vorlage gemacht haben, können die Motive gewesen sein, auf Grund derer sie ihr Votum abgaben; es können aber auch ganz andere Erwägungen (z. B. politischer, religiöser, persönlicher Natur) das Motiv für die Abgabe der Stimme in bejahendem Sinne gebildet haben: die Motive sind

irrelevant; entscheidend ist allein der Wille, dass eine bestimmte Vorlage Gesetzesrecht werden solle, und eine diesem Willen entsprechende Erklärung.

Man kann in dem Willen eines jeden Gesetzgebers zwei Momente unterscheiden; das eine ist unveränderlich und allgemein: es ist dies der Wille, Gesetzesqualität zu erzeugen; das andere ist veränderlich und besonders: dies ist der Wille, einem bestimmten Wortlaut Gesetzesqualität zu verleihen.

Bezeichnend dafür, wie wenig in der deutschen Reichsverfassung auf den Willen des Gesetzgebers Rücksicht genommen wird, ist der Umstand, dass die in der Abstimmung des einzelnen Mitglieds der Majorität enthaltene Erklärung zum Zustandekommen des Gesetzes genügt, gleichviel ob sie mit dem Willen des Votanten übereinstimmte oder nicht*); gleichviel ob der Wille auf Furcht, Irrtum oder Betrug beruhte oder nicht: die einmal erfolgte Abstimmung schafft ein Gesetz, ohne dass darnach gefragt wird, ob der Gesetzgeber auch in der That ein bejahendes Votum abgeben wollte; der Gesetzgebungsakt ist zu einem Formelakt geworden; die Thatsache der Erklärung giebt den Ausschlag, gleichviel ob sie von einem Willen getragen war oder nicht. Das Privatrecht kennt keine Willenserklärung so formalistischer Art, ja es ist fraglich, ob man hier überhaupt noch von einer Willenserklärung sprechen kann.

Diese Entwicklung entspricht jedoch dem Wesen des Gesetzes: der Wille des Gesetzgebers ist nur ein Mittel bei der Schöpfung des Gesetzes, er ist nicht selbst Gesetz; mit der hier vertretenen Loslösung des Gesetzes von seinem Gesetzgeber wird die Sicherheit, Sichtbarkeit und Unwandelbarkeit des Gesetzes garantiert und die für den Einzelnen wie für die Gesamtheit bedeutsamste Erklärung ein für allemal von der ihr nach der herrschenden Lehre stets drohenden Gefahr der Ungültigkeit befreit.

§ 3.

II. Die Umgehung des Gesetzes.

1) An einen bestimmten Thatbestand knüpft der Rechtssatz bestimmte Rechtsfolgen, um auf diese Weise ein Lebensverhältnis zu regeln. Die Bezeichnung dieses Thatbestandes ist in der verschiedensten Art möglich; sie kann entweder in abstrakter Definition erfolgen, so dass die Auslegung streng vorgeschriebene Grundlinien vorfindet, oder sie

*) Anm. Z. B. der Abgeordnete versprach sich unbemerkterweise und stimmte mit „Ja“ statt mit „Nein“; oder er gieng im preussischen Abgeordnetenhaus bei der Abstimmung durch die Thüre rechts vom Präsidentenpult statt durch die Thüre links davon herein (Schulze, preussisches Staatsrecht, 2. Aufl. Band I S. 626 Anm. 1).

kann dadurch erzielt werden, dass die Faktoren angegeben werden, die den Thatbestand zur Entstehung bringen. In dem letzteren Falle ist wiederum wohl zu unterscheiden, ob der auf diese Weise bezeichnete Thatbestand als solcher geregelt werden soll, so dass die Rechtsfolge eintritt, sofern überhaupt der betreffende konkrete Thatbestand vorliegt ohne Rücksicht auf seine Entstehungsursache: die im Gesetz genannte einzelne Entstehungsursache hat dann nur eine typische (exemplificatorische) Bedeutung — oder ob der Thatbestand nur soweit er gerade die Wirkung der angegebenen Entstehungsursache ist, dem Gesetz unterliegen soll: dann hat die Anführung dieser Entstehungsursache prinzipielle, ausschliessliche Bedeutung. (Cf. z. B. S. 52.)

Eine der wichtigsten Aufgaben der Auslegung ist es, die Darstellungsart festzustellen, die im einzelnen Gesetz gewählt wurde; das Resultat dieser Untersuchung bildet einen Bestandteil des wirklichen Inhalts des Rechtssatzes, der *sententia legis*.

2) Es ist dargelegt worden, dass der wirkliche Inhalt des Gesetzes nicht schon in den durch die Laute oder Zeichen des Gesetzes erzeugten Gedankenreihen (dem Wortinhalt) besteht, sondern dass diese nur die Grundlage für die Herstellung des wirklichen Inhalts bilden: Wortinhalt und wirklicher Inhalt sind also verschieden; sie verhalten sich zu einander wie Vorstellung und Begriff.

Die Verschiedenheit zwischen Wortinhalt und wirklichem Inhalt kann bei einer der Bestimmungen des Rechtssatzes, nämlich bei der des Thatbestandes, besonders auffallend sein; der Thatbestand nach dem Wortinhalt des Gesetzes ist also von dem Thatbestand nach dem wirklichen Inhalt des Gesetzes verschieden. Die Abgrenzung des Herrschaftsgebiets des Gesetzes hat selbstverständlich auf Grund des dem wirklichen Inhalt des Gesetzes entsprechenden Thatbestandsbegriffes zu erfolgen: wo immer die Lebensverhältnisse mit diesem Thatbestand übereinstimmen, da müssen die Rechtsfolgen des Gesetzes eintreten; auf der andern Seite darf dies aber auch nur dann geschehen, wenn alle konkreten Momente vorhanden sind, die der wirkliche gesetzliche Thatbestand erfordert. — Jeder konkrete Thatbestand hat demzufolge zu jedem Gesetz ein ganz bestimmtes Verhältnis: entweder er entspricht dem betreffenden Thatbestand des Gesetzes und ist damit diesem Gesetz unterworfen, oder er entspricht ihm nicht und ist deshalb der Herrschaft des betreffenden Gesetzes entzogen; eine dritte Beziehung ist nach dem Satze vom ausgeschlossenen Dritten unmöglich.

3) Im gewöhnlichen Leben und auch in der Wissenschaft begegnet man häufig dem Ausdruck: „Umgehung des Gesetzes“; dieser Ausdruck ist vieldeutig; die vorherrschende Bedeutung dürfte die sein, dass damit das Verhältnis des konkreten Thatbestandes zum gesetzlichen

Thatbestand bezeichnet werden soll. Durch Verwendung des Ausdrucks „Umgehung des Gesetzes“ soll ein Urteil dahin abgegeben werden, dass ein konkreter Thatbestand einem bestimmten gesetzlichen Thatbestand weder „entspreche“, noch „nicht entspreche“; es soll also damit eine zwischen diesen beiden Beziehungen eines konkreten Thatbestandes zum gesetzlichen gewissermassen in der Mitte liegende dritte Beziehung angedeutet werden. Es ist oben nachgewiesen worden, dass eine solche dritte Beziehung logisch unmöglich ist. — Der Ausdruck „Umgehung des Gesetzes“ dient also für die Bezeichnung einer logischen Unmöglichkeit; er ist das Resultat eines Denkfehlers. Dieser Denkfehler beruht darauf, dass der Urteilende sich über den wirklichen Inhalt des Gesetzes nicht klar geworden ist; sei es, dass er überhaupt noch am Wortinhalt haften, sei es, dass er die auf Begriffsbildung abzielende geistige Thätigkeit noch nicht zu einem Abschluss gebracht habe. Wenn der Urteilende den wirklichen Inhalt des Gesetzes klar erkannt hätte, so könnte er keinen Augenblick zögern, die einzig mögliche positive oder negative Entscheidung über das Verhältnis des konkreten Thatbestands zum gesetzlichen zu fällen. Die Erklärung, dass eine Umgehung vorliege, entspringt einem Zweifel darüber, was der wirkliche Inhalt des Gesetzes sei; sie verleiht neben einem Denkfehler auch noch einem Subjektivismus Ausdruck.

Je nach der Meinung, die der Urteilende darüber hat, ob der konkrete Umgehungsthatbestand dem gesetzlichen Thatbestand näher oder ferner stehe, unterwirft er ihn dem betreffenden Gesetz oder nicht. In den römischen Quellen wird, wenn auch nur scheinbar, der Ausdruck Umgehung (*fraus*) gewöhnlich für einen konkreten Thatbestand gebraucht, der dem gesetzlichen „näher“ steht und auf den deshalb das Gesetz angewandt wird. Heutzutage wird mit „Umgehung“ häufiger ein solcher konkreter Thatbestand bezeichnet, der dem gesetzlichen ferner steht, und der deshalb dem gesetzlichen nicht unterworfen werden kann; hier liegt zu gleicher Zeit in der Bezeichnung „Umgehung“ der Ausdruck für den unerfüllten Wunsch des Urteilenden, den konkreten Thatbestand dem Gesetz unterwerfen zu können. —

Der Ausdruck Umgehung in der angegebenen herrschenden Bedeutung ist in jeder Hinsicht unbrauchbar; er hat sich trotz des Umstandes, dass er auf einem Denkfehler und auf einem Subjektivismus beruht, in die juristische Litteratur und sogar in die Urteile der Gerichte eingeschlichen, weil er ein bequemes Hilfsmittel ist, um einer an sich notwendigen Entscheidung aus dem Wege zu gehen, ohne doch dieses Ausweichen sich selbst oder einem andern eingestehen zu müssen. —

ZWEITER TEIL.

Die fraus legi facta.

§ 4.

I. Die Litteratur.

1) Ivo Pfaff hat eine Monographie unter dem Titel: „Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere“ (Wien 1892) veröffentlicht; bei ihm findet sich eine umfangreiche Litteraturübersicht.

Die Grundlage für alle Betrachtungen bilden die bekannten Legaldefinitionen (l. 29. l. 30. D. de leg. 1, 3; l. 5 C. de leg. 1, 14). Von der Glossatorenzeit an hat man sich theoretisch mit ihnen beschäftigt; neuestens hat Otto Baehr in seinen „Urteilen des Reichsgerichts“ (München 1883) die Anwendung dieser Sätze in der Praxis energisch gefordert; seitdem sind zwei Einzelabhandlungen über die fraus legi facta erschienen: 1889 eine Göttinger Dissertation von Adolf Barthelmes: „Das Handeln in fraudem legis“ und 1892 die oben angeführte Schrift von Ivo Pfaff.

„Baehr*)“ sieht das in fraudem legis darin, „dass gegenüber dem „Verbotsgesetz — das in der Regel nicht einen juristischen, sondern einen

*) Anm. Über die Fälle aus dem modernen Recht, von denen Baehr ausgeht, und die ausserhalb des Rahmens dieser Darstellung liegen, ist zu bemerken, dass es keineswegs ausgemacht ist, ob die betreffenden von Baehr zitierten Gesetze den Thatbestand, der durch die Mobiliarhypothek entsteht, als solchen regelten (cf. oben S. 14), so dass die Mobiliarhypothek nur die Stellung der typischen Entstehungsursache hätte — oder ob sie nicht vielmehr bestimmten, dass der Thatbestand, nur soweit er gerade die Wirkung der Mobiliarhypothek ist, dem Gesetz unterliegen solle. Baehr hat sich die Frage in dieser Form nicht gestellt, sondern ohne weiteres die erstere Möglichkeit als vorliegend angenommen.

„wirtschaftlichen Zweck verfolgt, indem es gewisse wirtschaftliche Resultate ausgeschlossen sehen will, und das sich gegen diejenige Rechtsform richtet, mittels welcher diese wirtschaftlichen Resultate regelmässig erzielt werden — eine andere Rechtsform in Gang gesetzt wird, um das nämliche wirtschaftliche Verhältniss zu erzielen, welches das Gesetz hat verbieten wollen“ (aus S. 57 und 61).

Nach Barthelmes besteht das Handeln in fraudem legis in der dolosen Verletzung eines zwingenden Rechtssatzes seinem Sinne, nicht aber seinem Wortlaut nach (S. 23).

Pfaff fasst das Wesen des in fraudem legis agere dahin zusammen, dass es immer auf einer absichtlich falschen wörtlichen Interpretation beruhe (S. 157).

Von früheren Theorien seien vor allem die von Thöl und Savigny genannt, die in ihren systematischen Darstellungen auf den Gegenstand zu sprechen kommen.

Savigny, System I § 50, sieht das Handeln in fraudem legis als ein solches an, „das ein Gesetz zwar nicht dem Buchstaben, wohl aber dem Sinne nach verletzt“. „Dass auf solche Handlungen das Gesetz bezogen werden muss, ist unzweifelhaft. Man pflegt dies so zu denken, als müsse zu diesem Zweck das umgangene Gesetz durch Auslegung ausgedehnt werden.“ „In der That aber steht die Sache ganz anders. Wir haben nicht das Gesetz zu interpretieren, sondern die einzelne Handlung.“

Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht § 65: „Der Versuch, einen Thatbestand von der Anwendung eines auf ihn anwendbaren Rechtssatzes unstatthafterweise auszuschliessen, ist ein Verfahren in fraudem legis. Dieses Verfahren will die Bestimmung des Rechtssatzes, angewandt zu werden, verletzen, will ihn umgehen, verspotten, chikanieren, Umgang nehmen. Diesem Versuch tritt, ihn vereitelnd, entgegen die Darlegung der Anwendbarkeit des Rechtssatzes und sodann die Anwendung desselben.“

2) Aus den gegebenen Definitionen geht hervor, dass die *fraus legi facta* annähernd dasselbe ist, was oben § 3 als „Umgehung des Gesetzes“ bezeichnet wurde. Fast möchte es überflüssig erscheinen, nach dem dort festgestellten Resultat, das auf der Anwendung eines einfachen Gesetzes der Logik beruht, noch näher auf den Gegenstand einzugehen, zumal in den Definitionen Savigny's und Thöl's, wenn auch nicht direkt so doch indirekt, ein ähnlicher Standpunkt eingenommen ist, wären nicht seit Baehr mit dem wiedererwachten Interesse für die *fraus legi facta* in der Theorie bedenkliche Bahnen eingeschlagen worden.

Baehr selbst nimmt eine unentschiedene Stellung zur Prinzipienfrage ein; man bekommt bei ihm beinahe den Eindruck, als ob auch er in der *fraus legi facta* und ihrer Regulierung in den Quellendefinitionen

ein eigentümliches Rechtsinstitut sähe. Barthelmes und Pfaff dagegen gehen mit vollem Bewusstsein ganz eigenartige Wege.

Savigny und Thöl erblicken in der Unterwerfung der *fraus legi facta* unter den betreffenden Rechtssatz nichts Aussergewöhnliches; bemerkenswert ist ihnen diese Thatsache nur insofern, als möglicherweise nicht sofort erkannt wird, dass der konkrete Thatbestand dem gesetzlichen entspricht; es ist aber für Savigny und Thöl ganz selbstverständlich, dass das Gesetz zur Anwendung kommen muss, und der Quellenstellen über die *fraus legi facta* hätte es für beide nicht bedurft, um zu dieser Entscheidung zu gelangen.

Bei Barthelmes und Pfaff dagegen verhält sich die Sache anders: für sie ist in den Legaldefinitionen über die *fraus legi facta* eine Art Generalklausel geschaffen, die allen Gesetzen oder wenigstens einer Kategorie derselben ein für allemal beigelegt wird. Der Inhalt der Legaldefinitionen ergibt sich ihnen nicht aus dem Wesen des Rechtssatzes überhaupt, sondern beruht für sie auf der positiven Anordnung. Barthelmes und Pfaff verleihen einem ganz eigenartigen Rechtsinstitut durch ihre Theorie das Leben: der Thatbestand, welcher als in *fraudem legis* bezeichnet wird, setzt sich bei ihnen zusammen einmal aus gewöhnlichen Momenten, die in Handlungen, Unterlassungen, Ereignissen, *dolus*, *culpa* etc. bestehen können, und sodann aus einem aussergewöhnlichen Moment, das als Umgehungs*dolus**), d. h. als die Absicht, in *fraudem legis* zu handeln, erscheint. Auf den Inhalt des Rechtssatzes selbst, demgegenüber die *fraus* stattfand, kann die Anwendung der Barthelmes-Pfaff'schen Generalklausel selbstverständlich keinen Einfluss haben, dieser bleibt nach wie vor derselbe. Die Konsequenzen dieser Theorie sind folgende:

Der umgangene Rechtssatz knüpft seine Rechtsfolgen an einen bestimmten Thatbestand an; zwischen diesem gesetzlichen Thatbestand und dem des in *fraudem legis agere* ist aber eine innere Beziehung vorhanden, da nach den Legaldefinitionen der „Sinn“ des Gesetzes verletzt ist: dies kann nichts anderes besagen, als dass der Thatbestand des in *fraudem legis agere* demjenigen Thatbestand entspricht, der sich aus dem Sinne des umgangenen Rechtssatzes ergibt, der also dem „Sinne“ des Rechtssatzes nach der gesetzliche ist. In einem gesetzlichen Thatbestand kann aber unmöglich das Moment des Umgehungs*dolus* enthalten sein, denn der Rechtssatz ist nicht Selbstzweck, sondern dient dem Zweck der Regelung eines Lebensverhältnisses, und er tritt in Kraft, gleichviel ob die Parteien die Absicht hatten, ihn zu respektieren oder nicht. Der Thatbestand des in *fraudem legis agere* enthält also ein Mehreres gegenüber

*) Anm. Der Kürze halber wird im folgenden für *fraus legi facta* öfters der Ausdruck „Umgehung“ gebraucht.

dem gesetzlichen Thatbestand: den Umgehungsdolus. Da jedoch zur Anwendung des Gesetzes nur nötig ist, dass alle Thatbestandsmomente vorhanden sind, die dem Sinne des Gesetzes nach vorliegen müssen, so ist das Moment des Umgehungsdolus im Thatbestand des Barthelmes-Pfaff'schen in *fraudem legis agere* für die Anwendung des umgangenen Rechtssatzes irrelevant.

Folgendes Schema möge das Gesagte veranschaulichen. Der Rechtssatz A setzt sich nach dem Wortinhalt zusammen aus $a =$ gesetzlicher Thatbestand und $b =$ Rechtsfolge, die an den Thatbestand geknüpft ist. Nach vollzogener Auslegung wird in A der Thatbestand a aufgelöst in die Merkmale $\alpha + \beta + \gamma + \delta$ und die Rechtsfolge b in die Merkmale $\varepsilon + \zeta$; der Rechtssatz A stellt sich also dem Sinne nach folgendermassen dar: $A = (\alpha + \beta + \gamma + \delta) + (\varepsilon + \zeta)$. — Der Thatbestand des in *fraudem legis agere* gegen den Rechtssatz A soll den Sinn, d. h. den wirklichen Inhalt des Gesetzes verletzen; es muss also bei ihm ein Thatbestand vorliegen, der dem Thatbestand des Rechtssatzes A dem Sinne nach entspricht, d. h.: $(\alpha + \beta + \gamma + \delta)$; ausserdem führt die Theorie von Barthelmes-Pfaff noch das Moment des Umgehungsdolus $= x$ an; der Thatbestand des in *fraudem legis agere* setzt sich also nach dieser Theorie zusammen aus $(\alpha + \beta + \gamma + \delta + x)$. Da aber zum Eintritt der Rechtsfolgen von A schon $(\alpha + \beta + \gamma + \delta)$ genügt, so kommt x für diese Anwendung des Rechtssatzes A nicht in Betracht. Daraus ist folgende Konsequenz zu ziehen: der Thatbestand des in *fraudem legis agere* entspricht dem wirklichen gesetzlichen Thatbestand, wie dies bei jeder Anwendung des betreffenden Rechtssatzes der Fall ist; die Besonderheit des Umgehungsdolus kommt allerdings unter Umständen hinzu, hat aber für das Inkrafttreten des umgangenen Rechtssatzes keine Bedeutung.

Damit ist zugleich bewiesen, dass aus den Definitionen der *fraus legi facta* bei Barthelmes und Pfaff das Moment des Umgehungsdolus als für die Entscheidung der Frage nach den Rechtsfolgen der *fraus* irrelevant gestrichen werden kann. Diese unrichtige Theorie konnte nur dadurch entstehen, dass der „Sinn“ des Rechtssatzes, die *sententia*, als etwas vom wirklichen Inhalt Verschiedenes aufgefasst wurde, während doch Sinn und wirklicher Inhalt identisch sind.

§ 5.

II. Die Legaldefinitionen.

In den Digesten und dem Codex finden sich folgende allgemein gehaltene Aussprüche über die *fraus legi facta*:

Paulus, libro singulari ad legem Cinciam: *contra legem*

facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. (l 29 D. de leg. 1,3.) -- Lenel No. 920. (I S. 1121.)

Ulpianus, libro quarto ad edictum: fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ὁπότεν ἀπὸ διαβολῆς, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit. (l 30 D. de leg. 1,3.) — Lenel No. 248 (II S. 434.)

Theodosius et Valentinianus (439): non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. (l 5 C. de leg. 1,14.)

Vor allem muss darauf hingewiesen werden, dass den römischen Juristen die abstrakte Scheidung des Gesetzesinhalts in Thatbestand und Rechtsfolge unbekannt ist; sie fassen das Gesetz als Ganzes auf, als einen einheitlichen Willen, der sich im Leben Geltung verschafft; auf den formellen, technischen Ausdruck dieses Willens gehen sie nicht ein. Aus diesem Grunde ist die Anschauung der römischen Juristen über das Verhältnis von Wortinhalt und wirklichem Inhalt, ja über das Wesen des Gesetzes überhaupt, noch weit mehr mit bildlichen Vorstellungen durchsetzt, als dies heute der Fall ist.

1) Zuerst sollen die Aussprüche von Paulus und Ulpian betrachtet werden:

Paulus unterscheidet zwischen contra legem facere und in fraudem legis facere; das erstere ist ihm ein Handeln, das vom Gesetz ausdrücklich verboten ist, das letztere ein solches, bei dem der Handelnde ohne Verletzung des Wortinhalts den Sinn des Gesetzes umgeht. — Ulpian sieht die fraus legi facta in einem Handeln, das gegen den Willen des Gesetzes, freilich nicht gegen das ausdrückliche Verbot des Gesetzes verstösst; auch er stellt das facere contra legem dem facere in fraudem legis gegenüber, und bezeichnet den Grad der Verschiedenheit dieser beiden Handlungen als gleichwertig mit dem Grad der Verschiedenheit des Worts von seinem Sinn.

Das contra legem agere ist eine Verletzung des ausdrücklich erklärten Willens; Paulus bezeichnet die ausdrückliche Erklärung mit prohibere; Ulpian spricht sich hierüber nicht direkt aus; das Moment der Ausdrücklichkeit der betreffenden Erklärung kann bei ihm nur indirekt aus der Gegenüberstellung von fieri nolle und non vetare erschlossen werden. — Das in fraudem legis agere ist für Paulus keine Verletzung des ausdrücklich erklärten Willens; Paulus bezeichnet dies durch die Worte: salva verba; Ulpian bringt diese Seite des in fraudem legis agere direkt nicht zur Darstellung. Für Paulus wie für

Ulpian ist das in fraudem legis agere ein Handeln, das sich gegen den Sinn des Gesetzes richtet: dies bezeichnet Paulus mit den Worten: *sententiam legis circumvenire*, Ulpian mit: *facere quod lex fieri noluit*.

Ulpian will ausserdem noch den Grad der Verschiedenheit des *contra legem agere* von dem in fraudem legis agere dadurch klarlegen, dass er diesen Unterschied dem Unterschied des Wortes von seinem Sinn gleichsetzt. Dieser Vergleich Ulpians ist nicht richtig. Das *contra legem agere* verletzt nicht nur den Wortinhalt, sondern auch den wirklichen Inhalt des Gesetzes; es steht also in keinem Gegensatze zu dem in fraudem legis agere, sondern es umfasst dieses gewissermassen, weil es sowohl die *verba* als auch die *sententia legis* verletzt, während das in fraudem legis agere nur gegen die *sententia* verstösst. Das *ῥητόν* und die *διάνοια* stehen dagegen bei Ulpian in einem Gegensatz; hier soll gerade ausgedrückt werden, dass Wort und Sinn nicht gleichbedeutend seien, dass das Wort den Sinn nicht umfasse, dass der Sinn etwas wesentlich anderes sei als das Wort. Wenn man die korrespondierenden Glieder dieser Vergleichung einander gegenüberstellt, so entspricht das *contra legem agere* dem *ῥητόν*, das in fraudem legis agere der *διάνοια*; man müsste also, wenn das Verhältnis von *ῥητόν* zu *διάνοια* massgebend wäre, dahin schliessen, dass das *contra legem agere* etwas dem in fraudem legis agere Entgegengesetztes, nicht etwas das letztere Umfassendes wäre!

Paulus bezeichnet das *agere in fraudem legis* als ein *circumvenire sententiam legis*; dieses Bild fehlt bei Ulpian; dieser sagt einfach: *fit, quod lex fieri noluit*; einen anderen Sinn als diese Worte Ulpians kann aber auch der paulinische Ausspruch nicht haben. Das Bild von Paulus ist dem Kriegswesen entnommen: der Angriff wird bei der Umgehung nicht gegen die gegnerische Front, sondern gegen die Flanke oder gegen den Rücken geführt, also gegen diejenige Stellung des Gegners, welche die schwächere ist. Dieser Angriff wird in einer solchen Weise unternommen, dass der Gegner die Angriffsabsicht nicht vorher bemerken soll, also in versteckter Weise; ebenso wie der Angriff in der Front den Gegner trifft und verletzt, so trifft und verletzt ihn auch der Angriff bei der Umgehung. Ueberträgt man diesen Inhalt des Bildes auf unsere Stelle, so ergibt sich daraus, dass der Wille des Gesetzes (= der Feind, vom Handelnden aus betrachtet,) verletzt wird sowohl bei dem *agere contra legem* (= Angriff gegen die Front, gegen die *verba*), als auch bei dem *agere in fraudem legis* (= Angriff gegen die Flanke oder den Rücken, gegen die *sententia*, die insofern eine schwächere Position hat, als ihr die *verba* keinen Schutz gewähren); das einmal ist der Angriff offen geführt, das anderemal versteckt. Das Moment der Verstecktheit gehört ebenso zum Wesen des in fraudem legis agere wie

zum Wesen der militärischen Umgehung; weiter unten wird gerade auf diesen Punkt näher eingegangen werden.

2) Betrachtet man die Stellen der beiden römischen Juristen losgelöst von der Bedeutung, die ihnen durch die Compileren gegeben werden sollte, so drängt sich der Gedanke auf, dass weder Paulus noch Ulpian die Absicht hatten, mit diesen wenigen aus dem Zusammenhang gerissenen Worten irgendwelche Definitionen oder gar allgemeine Vorschriften zu geben; es sind vielmehr nebensächliche Bemerkungen, die sie gelegentlich der Entscheidung eines Einzelfalls machten, und die von den Compileren zu der zweifelhaften Ehre einer Definition erhoben worden sind. Folgende Gründe sprechen für diese Annahme:

Die Stelle von Paulus stammt aus dem *liber singularis ad legem Cinciam*; der Gedanke liegt sehr nahe, dass Paulus bei der Behandlung eines Einzelfalls, der eine *fraus legi Cinciae facta* enthielt, die überlieferte Bemerkung gemacht hat; er war aber weit davon entfernt, damit eine Definition des *agere in fraudem legis* geben oder überhaupt die Arten der Gesetzesverletzung näher charakterisieren zu wollen; noch ferner aber lag ihm die Absicht, dadurch ein eigentümliches Rechtsinstitut im Barthelmes-Pfaff'schen Sinn darzustellen. Eine weitere Stütze für diese Annahme enthält der Umstand, dass Paulus eigentlich gar nicht sagt, welche Rechtswirkungen sich an das *agere in fraudem legis* anknüpfen sollen; er sagt nur, was *agere in fraudem legis* sei, nicht aber, was daraus folge; hätte er an der gegebenen Stelle irgend einen allgemeinen Gedanken aussprechen wollen, so dürfte er kaum versäumt haben, auf diesen Punkt näher einzugehen; wenn er dies aber gethan hätte so hätten die Compileren einen etwaigen Zusatz, der von den Rechtswirkungen der *fraus legi facta* handelte, gewiss nicht weggeschnitten.

Das Fragment von Ulpian steht im vierten Buche seines *Ediktscommentares*; Lenel bringt es in Verbindung mit dem Titel des Edikts „*de pactis et conventionibus*“; vielleicht ist unserer Stelle folgendes, ebenfalls dem vierten Buche des *ulpianischen Commentars* entnommenes, Fragment vorhergegangen (Lenel 243; I 7 § 7. D. de pactis 2,14): *pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*. Es ist sehr wahrscheinlich, dass unsere Stelle eine Erläuterung zu diesen Worten des Prätors geben will. Da in der Ediktsstelle die Folge der *fraus legi facta* angegeben ist, so wird durch diesen Zusammenhang erklärlich, warum Ulpian in unserem Fragment von den Rechtswirkungen der *fraus legi facta* schweigt. Die Verbindung unserer Stelle mit diesen Ediktsworten wirft auch ein helles Licht auf ihre ursprüngliche Bedeutung: unsere Stelle will nicht die Arten der Gesetzesverletzungen, sondern die ein Gesetz verletzenden *pacta* behandeln; die allgemeine Bedeutung, die ihr

von den Compilatoren dadurch beigelegt wurde, dass sie, aus dem Zusammenhang gerissen, in den Titel *de legibus* gestellt worden ist, kommt ihr also nicht zu; für diese Meinung spricht auch die wenig sorgfältige Fassung, die Ulpian für seine durchweg an der Oberfläche haftenden Gedanken gewählt hat.

3) Die Stelle von Theodosius und Valentinian spricht im ersten Satze ganz allgemein aus, dass das Gesetz verletzt werde, wenn jemand unter Befolgung des Wortlauts gegen den Willen des Gesetzes verstosse; der Ausdruck *fraus* kommt hier nicht vor. Im zweiten Satze wird derselbe Gedanke wiederholt und hier finden sich die Bezeichnungen: *sententia legis*, *verba*, *fraudulenter*. Dem Inhalt nach stimmt diese Codexstelle mit den beiden Digestenstellen im wesentlichen überein; auffallend ist jedoch die Fassung: während Paulus und Ulpian in erster Linie von der *fraus legi facta* sprechen, führen die Kaiser einmal denselben Thatbestand wie die Juristen mit denselben Wirkungen ohne die Bezeichnung *fraus* als Unterart des *in legem committere* auf, das andere mal gebrauchen sie den Ausdruck *fraudulenter* bei der Besprechung der Rechtsfolgen, und es ist bei ihnen nichts davon zu merken, dass diese Bezeichnung den Charakter eines *terminus technicus* hätte. — Wenn die *fraus legi facta* ein selbständiges Rechtsinstitut gewesen wäre, zu dessen Entstehung es gesetzlicher Normen bedurft hätte, so würden die Kaiser wohl kaum die prägnante Anwendung des Kunstworts *fraus legi facta* vermieden haben. Ausserdem sprechen gegen diesen Charakter der *fraus* die Worte: „*non dubium est*“; die Kaiser leiten die diesen Eingangsworten folgende Entscheidung aus dem Wesen des Rechtssatzes als selbstverständlich her; sie wollen nur noch besonders darauf aufmerksam machen, dass der Sinn des Gesetzes, nicht das Wort zur Geltung kommen solle.

Als übereinstimmender Inhalt der Legaldefinitionen ergibt sich — in die moderne Anschauungsweise übersetzt —, dass der Thatbestand der *fraus legi facta* ein solcher ist, der dem gesetzlichen Thatbestand des Wortinhalts (*verba legis*) zwar nicht entspricht, wohl aber dem gesetzlichen Thatbestand des wirklichen Inhalts (*sententia legis*). Aus dem berühmten Satze des Celsus: „*scire leges non hoc est, verba earum tenere sed vim ac potestatem*“ geht aber klar hervor, dass für den römischen Juristen nicht der Wortinhalt des Gesetzes, sondern der wirkliche Inhalt massgebend war. Wenn also allen drei Stellen entnommen werden kann, dass der konkrete Thatbestand der *fraus legi facta* dem wirklichen gesetzlichen Thatbestand entspricht, so ergibt daraus sich die nur in der Kaiserkonstitution erwähnte Rechtswirkung: die Anwendung des betreffenden Gesetzes auf den konkreten Thatbestand der *fraus legi facta*, als selbstverständlich.

§ 6.

III. Begriff der *fraus legi facta*.

1) Der Ausdruck *fraus legi facta**) bezeichnet einen konkreten Thatbestand, der einem bestimmten gesetzlichen Thatbestand entspricht, der aber insofern bemerkenswert ist, als bei ihm diese Übereinstimmung nicht auf den ersten Blick ersichtlich ist, sondern erst nach der Erkenntnis des wirklichen Inhalts des Gesetzes erhellt. Wählt man eine bildliche Ausdrucksweise, so kann *fraus legi facta* als eine Gesetzesverletzung bezeichnet werden, die dadurch auffällt, dass sie in versteckter Weise erfolgt; dieser Inhalt entspricht auch dem Worte „Umgehung“ und in dieser Bedeutung ist dessen Anwendung unbedenklich. Das Merkmal der Verstecktheit wird vom Standpunkt des verletzten Gesetzes aus konstatiert; in diesem Merkmal ist an sich nichts darüber ausgesprochen, ob die Thatfachen, welche die Verletzung des Gesetzes zu einer versteckten machen, von den Parteien mit der Absicht herbeigeführt sind, die Verletzung zu verbergen, oder ob eine solche Absicht der Parteien gefehlt hat. Es soll dahingestellt bleiben, ob durch den Ausdruck *fraus legi facta* selbst neben der Verstecktheit auch die Absichtlichkeit der betreffenden Gesetzesverletzung bezeichnet werden soll; aus dem Worte „*fraus*“ ist ein sicheres Resultat hinsichtlich dieses subjektiven Moments nicht zu gewinnen: ursprünglich soll es einfach „Nachteil“, „Schaden“, später „die durch Vertrauensmissbrauch und Wortbruch herbeigeführte Schädigung“ (Pernice, *Labeo* II. Bd. S. 105) bezeichnet haben. Aus den Digestenstellen, in denen die Formel „*fraus legi facta*“ vorkommt, lässt sich mit Sicherheit als einheitliches Resultat nur das Moment der Verstecktheit der betreffenden Gesetzesverletzung gewinnen; in vielen Fällen, aber nicht in allen, ist daneben freilich auch noch ein „Umgehungs-dolus“ vorhanden. Es ist oben nachgewiesen worden, dass diesem „Umgehungs-dolus“ keinerlei Bedeutung für die Entscheidung des einzelnen Falles zukommen kann, und aus diesem Grunde erscheint es gerecht-

*) Anm. Die in den Quellen meistgebrauchten Ausdrücke für diesen Thatbestand sind: *facere fraudem legi*, *facere in fraudem legis*, *fraudare legem*; daneben noch *circumvenire*, *circumscribere legem*. — Diejenigen Quellenstellen, in denen der Ausdruck „*fraus legis*“ enthalten ist, die sich aber nicht unter das Pfaff'sche Schema einer absichtlich falschen wörtlichen Interpretation fügen, werden von Pfaff ausgeschieden und als Anwendungsfälle des Wortes *fraus* in der älteren Bedeutung = „Nachteil“ klassifiziert. Die obige Definition umfasst auch diese Stellen, denn überall, wo der Ausdruck *fraus legis* gebraucht ist, ist ein verstecktes Handeln gegen den wahren Inhalt des Gesetzes vorhanden.

fertigt, die Frage, ob *fraus legi facta* stets dolose Gesetzesverletzung bedeute, als nicht erheblich unentschieden zu lassen.

Der Umstand, dass den mit *fraus legi facta* bezeichneten Fällen der Gesetzesverletzung eine besondere Beachtung in den Quellen geschenkt wird, findet, wie bereits hervorgehoben wurde, darin seine Erklärung, dass hier die Gesetzesverletzung nicht sofort erkennbar ist, sondern dass vielmehr eine intensive geistige Bearbeitung des konkreten Thatbestands der *fraus* und des Wortinhalts des Gesetzes erforderlich ist, ehe die Rechtswidrigkeit sichtbar wird. Die hierher gehörigen Einzelentscheidungen der Digesten sind Muster genialer Gesetzesauslegung und durchdringender Erfassung des Thatbestandes. — In den Fällen, wo die Parteien die Absicht haben, das Gesetz zu umgehen, hoffen sie durch die angewandten Mittel den Thatbestand in einer Weise verschleiert zu haben, dass ein kurzsichtiger Richter, der zur Erkenntnis des Gesetzesinhalts und zur Untersuchung des konkreten Thatbestandes gleich unfähig ist, nicht wagen werde, das umgangene Gesetz zur Anwendung zu bringen. Die Manipulationen der Parteien sind derartige, dass ihr Resultat sich allerdings nicht auf den ersten Blick als Gesetzesverletzung darstellt. Der konkrete Thatbestand derjenigen Rechtsverletzung, die ohne weiteres sichtbar ist, entspricht dem Thatbestand, der sich nach dem Wortinhalt des Gesetzes als der gesetzliche ergibt; im Gegensatz dazu besteht die *fraus legi facta* darin, dass ihr Thatbestand von den Parteien so gebildet wird, dass ihm diese Durchsichtigkeit mangelt: dies wird dadurch erreicht dass man den konkreten Thatbestand derartig einrichtet, dass er dem im Wortinhalt gegebenen Thatbestand des Gesetzes nicht entspricht, d. h. die Worte des Gesetzes nicht verletzt. — Es ist überflüssig, nach dem Vorbild der Glossatoren einen Schematismus aufzustellen über die Art der Schleichwege, die von den Parteien eingeschlagen werden, um ihren Zweck zu erreichen; diesen Umwegen ist gemeinsam das Moment der Verstecktheit; einseitige Betonung des Wortinhalts ist dabei eine bevorzugte Manipulation.

Das Gesetz selbst hat jedoch einen festbestimmten Herrschaftskreis; jeder konkrete Thatbestand steht zu dem wahren gesetzlichen Thatbestand in dem oben § 3 dargelegten doppelten Verhältnis; die Machinationen der Parteien können an dieser feststehenden Thatsache nichts ändern; sie richten sich lediglich gegen denjenigen, der zur Interpretation und Handhabung der Gesetze berufen ist, gegen den Richter. Der Richter soll getäuscht werden: durch die Verdunklung des Thatbestands soll bewirkt werden, dass er die Gesetzesverletzung im einzelnen Falle nicht erkenne, durch Berufung auf den unverletzten Wortinhalt des Gesetzes soll der Richter abgehalten werden, nach dem wirklichem Inhalt des Gesetzes zu forschen.

Eine Abgrenzung der *fraus legi facta* gegen die *Simulation* ist durch die Natur der beiden Geschäfte von selbst gegeben; das *negotium simulatum* entbehrt der rechtlichen Existenz; es ist nichtig, weil hinter ihm kein Wille steht; nicht aber deshalb, weil es vielleicht scheinbar auch noch eine *fraus legi facta* enthält; wollte man auch noch von diesem Gesichtspunkt aus einschreiten, so würde man damit nur erklären, dass ein bereits nichtiges Geschäft noch aus anderen Gründen nichtig sei; man würde einen Leichnam zu töten versuchen. Ein eventuell zustandegekommenes *negotium dissimulatum* dagegen kann den Thatbestand der *fraus legi facta* in sich aufnehmen; dann steht es aber jeder gewöhnlichen Willenserklärung gleich und ist wie eine solche in Bezug auf die *fraus legi facta* zu beurteilen.

2) Es leuchtet ein, dass sofort mit der Entstehung eines Gesetzes die Möglichkeit der *fraus* gegeben ist; prinzipiell ist also ein *in fraudem legis agere* von jeher denkbar. Solange jedoch die Auslegung sich nicht über den Wortinhalt erhoben hat, ist eine Reaktion gegen die *fraus* ausgeschlossen, weil diese nicht bemerkt wird; erst mit der tieferen Erfassung des Rechtssatzes kann der Kampf gegen die nunmehr erkannte *fraus legi facta* beginnen. — Es liegt in dem Wesen der Sache, dass die sich nur langsam vom Wortinhalt losringende Interpretation auch nur allmählich, gewissermassen schüchtern, gegen die *fraus legi facta* einschreitet, so dass manche Gesetze z. B. die *lex Fufia Caninia* und auch das prätorische Edikt (Gaj. I, 46; 1 7 § 7 D. de pactis 2, 14) glauben, ausdrücklich darauf hinweisen müssen, dass sie die *fraus* nicht zulassen; so ist es auch erklärlich, dass Thatbestände, die schon an sich in *fraudem legis* sind, noch durch besondere Gesetze dem umgangenen Rechtssatz unterworfen werden (Gaj. I, 46 i. f.): daraus ist aber nur zu schliessen, dass eben damals die Aufgaben der Erfassung des wirklichen Gesetzinhaltes und der Durchdringung des Thatbestandes noch nicht voll und allgemein verstanden waren, nicht aber, dass es dieser gesetzlichen Hilfsmittel bedurft hätte, um überhaupt gegen die *fraus legi facta* vorgehen zu können.

Pfaff (§ 1 u. 2 a. a. O.) stellt die Entwicklung gerade umgekehrt dar: ihm ist die extensive Auslegung nicht das Mittel für die Vernichtung der *fraus*, sondern vielmehr die Voraussetzung für deren Entstehung. Erst mit dem Aufkommen der extensiven Interpretation soll es nach Pfaff möglich geworden sein, in *fraudem legis* zu handeln; und zum Einschreiten gegen die *fraus* bedurfte es nach ihm besonderer gesetzlicher Bestimmungen. Von dem in dieser Arbeit vertretenen prinzipiellen Standpunkt aus dürfte es jedoch zweifellos sein, dass die eindringende Erfassung des Gesetzes nicht der Anlass zur Umgehung, sondern das Mittel zur Vereitelung der Umgehung war.

3) Wie bei jedem Gesetz zwischen Wortinhalt und wirklichem Inhalt unterschieden werden kann, so ist auch bei allen Gesetzen eine Verletzung des wirklichen Inhalts ohne Verletzung des Wortinhalts möglich; am häufigsten aber wird thatsächlich die *fraus* gegen Verbots-gesetze verübt werden und unter ihnen vorzugsweise gegen solche, deren Bestimmungen tief in das persönliche Leben einschneiden; die meisten überlieferten Quellenstellen knüpfen deshalb auch an Verbotsgesetze an; dadurch ist aber die Möglichkeit der *fraus* anderen Arten von Gesetzen gegenüber keineswegs ausgeschlossen.

4) Die Mittel, die der Richter anwenden muss, um die *fraus legi facta* zu erkennen und zu vernichten, ergeben sich aus deren Natur: vor allem muss er den wirklichen Inhalt des Gesetzes zu erkennen suchen, um die in der *fraus* enthaltene versteckte Verletzung desselben feststellen zu können; dann hat der Richter sich zu bemühen, wenn die *fraus* in der Verschleierung des Thatbestandes beruht, diesen zu enthüllen: wo die Parteien falsche Bezeichnungen brauchten, wo sie ausweichende Erklärungen abgaben, sei es bewusster- oder unbewussterweise, da ist das wirklich Gewollte aufzudecken und daraufhin zu prüfen, ob nicht eine *fraus legi facta* darin liege; hierher gehört auch die Aufdeckung eines etwaigen *negotium dissimulatum in fraudem legis*.

DRITTER THEIL.

Belege aus den Digesten.

Vorbemerkung.

Um den Umfang dieser kleinen Schrift nicht zwecklos zu vergrössern, musste darauf verzichtet werden, alle oder auch nur die Mehrzahl der hiehergehörigen Pandektenstellen zu besprechen.

Es ist eine Auswahl von Fragmenten getroffen worden, die sich um einige wenige Gesetze gruppieren lassen, und auf diese wird näher eingegangen werden. Da in jedem einzelnen Fall der wirkliche Inhalt des Gesetzes dargestellt werden musste, soweit er für den Thatbestand in Betracht kam, so war an manchen Punkten, z. B. bei dem fideicommissum tacitum, ein grösserer Apparat nicht zu vermeiden.

Die Hauptaufgabe bei der Behandlung der Stellen liegt in dem Nachweis, dass dasjenige Moment, das die Gesetzesverletzung zur *fraus* macht, nur zu einer nebensächlichen Charakteristik des Thatbestandes dient und für die betreffende Entscheidung in keiner Weise in Betracht kommt.

Von besonderer Wichtigkeit sind solche Stellen, deren Thatbestand mit demjenigen anderer Stellen, wo der Ausdruck *fraus legi facta* gebraucht ist, übereinstimmt, ohne dass in ihnen selbst die Bezeichnung *fraus legis* vorkäme. Wenn eine solche Stellenkonkordanz sich findet, deren einziger Unterschied darin beruht, dass das einmal der Ausdruck *fraus legis* Anwendung gefunden hat, das anderemal nicht, und wenn die Entscheidungen der beiden Stellen gleich sind, so ist damit der zwingende Beweis erbracht, dass das Moment der *fraus* auch da, wo sein Vorhandensein ausdrücklich erwähnt ist, für die Entscheidung unerheblich war. — Wenn auch eine solche Stellenkonkordanz nicht immer nachzuweisen ist, so darf doch aus dem Umstand, dass in

einer Stelle der Ausdruck *fraus legis* gebraucht wird, nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass gerade die *fraus* als solche für die Entscheidung massgebend war; es muss vielmehr mit Rücksicht auf die Darlegung im ersten und zweiten Teil dieser Arbeit die Vermutung Platz greifen, dass man es mit einer gewöhnlichen Verletzung des Gesetzes zu thun hat, die durch das Vorhandensein einiger besonderer Nebenpunkte näher charakterisiert wird.

Bedeutsam sind auch solche Fragmente, deren konkreter Thatbestand zweifellos die versteckte Verletzung oder gar den Umgehungs-dolus einschliesst, in denen aber der betreffende Thatbestand ohne irgendwelche Erwähnung dieser Faktoren dem Gesetz unterworfen wird.

§ 7.

A. Lex Julia et Papia Poppaea.

I.

Das tacitum fideicommissum.

A. Einleitung.

Die lex Julia et Papia Poppaea griff tief in die erbrechtlichen Verhältnisse ein: die Fähigkeit, letztwillige Zuwendungen zu erwerben, wurde mehreren Personenkategorien ganz oder teilweise entzogen, und die Vermögensteile, die deshalb von ihnen „abfielen“, wurden der Regel nach zur Belohnung für solche Erben oder Legatäre verwandt, die durch Kindererzeugung ihren Gehorsam gegen die Gesetze bewiesen hatten; wenn solche heredes oder legatarii patres fehlten, dann legte das aerarium „velut parens omnium“ seine Hand auf die caduca. — Die l. J. et P. P. bezog sich nur auf Erbeinsetzungen und Legate; die Fideikommissen waren von ihr nicht berücksichtigt worden; das letztgenannte Institut, das vor Augustus überhaupt nur auf der persönlichen Ehrenhaftigkeit des Fiduciars beruhte, war noch zu neu, als dass es in die Fesseln der augusteischen Ehegesetzgebung hätte geschlagen werden sollen; überhaupt waltete den Fideicommissen gegenüber eine eigenartige Nachsicht; sie führten gewissermassen ein privilegiertes Dasein: nur langsam werden die bestehenden Gesetze auf sie angewandt, nur zögernd entschliesst man sich, die Konsequenzen zu ziehen, die sich aus ihrem Wesen als letztwilliger Zuwendungen ergeben. Eines der ersten hierhergehörigen Gesetze ist das S. C. Pegasianum unter Vespasian, das die Kapacitätsnormen der l. J. et P. P. auf die Fideikommissen ausdehnt. (Gaj. II, 286 a.)

Die Anordnung der Fideikommissen war formlos: jede beliebige Erklärung genügte, mochte sie durch Zeichen oder in Wort oder Schrift

vorgenommen werden; die schriftliche Erklärung konnte sowohl in Briefen wie in Codizillen oder im Testament erfolgen; erst die nachklassische Zeit hat hierin Änderungen gebracht, die aber auch mit dem Wesen des Fideikommisses in Widerspruch standen und seine charakteristischen Seiten so sehr abschliffen, dass es schliesslich mit dem ebenfalls modifizierten Legat zusammenfiel.

Unter fideicommissum tacitum versteht die klassische Jurisprudenz eine letztwillige Zuwendung, die aus einem Testament oder Codizill nicht zu ersehen ist. Das S. C. Pegasianum hatte alle Arten der Fideikomnisse den Caducitätsbestimmungen der l. J. et P. P. unterworfen und damit auch das fideicommissum tacitum. Die gegen die Normen der Ehegesetze verstossende Zuwendung im Testament oder Codizill entzog sich im allgemeinen der Kenntnis der Behörden nicht, da der Inhalt dieser Urkunden bei der amtlichen Eröffnung verlesen wurde; das fideicommissum tacitum dagegen blieb bei diesem Akt ganz oder teilweise verborgen, und deshalb war die Anwendung der l. J. et P. P. auf diese Unterart der Fideikomnisse ausserordentlich schwierig, denn es konnte mit Leichtigkeit so angeordnet werden, dass nur der Erblasser und der Fiduciar davon wussten. Wenn nun der Fideikommissar incapax war und der Fiduciar ihm nach dem Tode des Erblassers das Fideicommiss auszahlte, so konnte auch dieser Vorgang durchaus verborgen bleiben: eine Selbstbeziehung aber von dem incapax war kaum zu erwarten, denn er hatte ja nur zu verlieren, und einem Delator gelang es in den seltensten Fällen, die Sache zu entdecken; eine Anzeige von seiten des Fiduciars, der als Ehrenmann seinem Versprechen nachkommen wollte, zu dessen Erfüllung er gesetzlich nicht gezwungen werden konnte, war ebenfalls höchst unwahrscheinlich.

Die l. J. et P. P. bot kein spezielles Hilfsmittel zur Ausfüllung der Bresche, die das fid. tac. an incapaces thatsächlich in ihre Normen legte; rechtlich war es ja seit dem S. C. Pegasianum freilich caducum, aber ihm gegenüber waren die Ansprüche der Caducitätsanwärter eine Art nudum jus.

B. Geschichtliche Entwicklung.

I. Ausgangspunkt.

Nach dem Erlass des S. C. Pegasianum war die rechtliche Stellung des fid. tac. an incapaces folgende (Gaj. II, 254. 286 a):

- 1) das fid. tac. an einen incapax ist caduk;
- 2) der Fiduciar hat das Recht auf die quarta Falcidia;
- 3) der Fiduciar hat, wo die Voraussetzungen vorliegen, das Recht der caducorum vindicatio und der Accrescenz.

Die Position des Fiduciars war durch die Erstreckung der l. J. et P. P. auf die Fideikomnisse keine aussergewöhnliche geworden: so wenig nach diesen Gesetzen den Erben ein Nachteil trifft, der mit einem Legat an einen incapax belastet ist, ebensowenig ist dies bei dem Fiduciar der Fall, dem ein tac. fid. an einen incapax übertragen wurde. Auf der anderen Seite nimmt der Fideikommissar, dem der Erblasser ein tac. fid. hinterlassen hat, keine bessere Stellung ein, wenn er „die fideicommissi cedente“ incapax war, als der in der gleichen Lage befindliche Erbe oder Legatar: das Gesetz wurde mit voller Strenge auch auf ihn angewandt und das fid. tac. fiel ganz oder zur Hälfte der Caducität.

Wenn nun die fid^a. tac^a. an incapaces verhindert werden sollten, so musste die Gesetzgebung eingreifen; einmal war überhaupt ein Verbot des fid. tac. an incapaces erforderlich; zum andern musste man auf zwei Personen einzuwirken suchen: der Fiduciar musste durch Nachteile von der Übernahme des fid. tac. abgeschreckt, der Fideikommissar durch Belohnungen zur Selbstanzeige bewogen werden.

II. Die Gesetzgebung gegen das fideicommissum tacitum.

1) Das S. C. Plancianum.

Quellen: l 59 D. ad leg. Falc. 35, 2 — Ulpian. 25, 17 — l 23 D. de his quae ut idign. 34, 9 — l 11 D. eod.

Ein Verbot des fid. tac. an incapaces muss allen weiteren staatlichen Massnahmen gegen Fiduciar und Fideikommissar vorausgegangen sein. An mehreren Punkten wird auf ein solches Verbot hingewiesen: l 1 C. de delatoribus 10, 11 ... his enim prohibetur tacite relinqui, qui palam relictum capere non possunt; — l 11 D. de his quae ut ind. 34, 9 ... qui tacitam fidem contra leges accommodavit; — l 43 § 3 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 heisst es vom Fiduciar ... satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges; der Ausdruck des Paulus in l 40 D. de jure fisci 49, 14 „poena taciti fideicommissi“ lässt ebenfalls auf das Vorhandensein eines Verbots schliessen. L. 23 D. de his quae ut ind. 34, 9 dürfte in der allgemeinen Fassung zum Inhalt haben, dass das in der Stelle behandelte fid. tac., dessen Objekt nicht direkt aus der Erbschaft*), sondern aus der Falcidia des Erben herkommt, ebenso wie das direkt aus ihr stammende verboten sei. Als Quelle des Verbots wird ein S. C. bezeichnet, dessen Kenntnis Gajus in seiner Schrift über die tac^a fid^a an diesem Orte voraussetzt; es dürfte dies das S. C. Plancianum sein; folgende Gründe sprechen für diese Ver-

*) Anm. Ein ähnlicher Fall aber andere Entscheidung findet sich bei der Noterbenportion des Patrons: l 40 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

mutung: das S. C. Plancianum ist das erste bekannte Gesetz, das den durch die l. J. et P. P. gegebenen Boden verlässt; hier wird zum erstenmale mit dem fid. tac. an incapaces ein eigentümlicher Nachteil verbunden, und deshalb darf wohl mit einiger Wahrscheinlichkeit das Verbot der fid^a. tac^a., das die Voraussetzung für die den Fiduciar benachteiligenden Festsetzungen bildet, in dem S. C. Plancianum gesucht werden. Neben diesem Verbot enthält der genannte Senatsbeschluss Bestimmungen, durch welche ein Druck auf die bei dem fid. tac. an incapaces meistbeteiligte Persönlichkeit, den Fiduciar, ausgeübt wird: in erster Linie wird ihm das Recht auf die quarta Falcidia entzogen; die freiwerdende Quart soll jedoch noch keinen selbständigen Rechtsschicksalen unterworfen werden, sondern sie wird mit dem übrigen Inhalt des fid. tac. caduk (arg. e contr. das rescriptum divi Pii: l 49 D. de jure fisci 49, 14). — Um dem Fiduciar jeden möglichen Gewinn aus dem verbotenen Geschäft abzuschneiden, bestimmt das S. C. ferner, dass er auch das Recht auf eine eventuelle caducorum vindicatio und das Accrescenzrecht verwirkt haben solle; beides jedoch wohl nur insoweit, als es mit der verlorenen Quart zusammenhängt, d. h. soweit, als das fid. tac. in Betracht kommt; denn nicht der Erbe oder Fiduciar als solcher, sondern nur soweit als er Fiduciar aus dem verbotenen fid. tac. ist, soll getroffen werden (arg. l 11 D. de his quae ut ind. 34, 9; l 43 § 3 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6).

Die Definition, die das S. C. Plancianum über das fid. tac. enthielt, umfasste zweifellos das Moment des dolus auf seiten des Fiduciars: es ist verboten, wissentlich für einen incapax ein fid. tac. zu übernehmen; der Zuwiderhandelnde verwirkt die Quart, die caducorum vindicatio und das Accrescenzrecht; sämtliche Merkmale des verbotenen Geschäftsmüssen aber im Augenblick des Todes des Erblassers vorhanden sein (arg. l 3 § 2 D. de jure fisci 49, 14; l 10 § 1 D. de his quae ut ind. 34, 9).

Gajus leitet l 10 § 1 D. de his quae ut ind. 34, 9 eine eigentümliche Entscheidung aus dem Sinn des S. C. für den Fall ab, dass im angegebenen Zeitpunkt der dolus des Fiduciars fehle: dann solle das Fideicommiss zwar ungültig sein, aber bei dem Fiduciar „bleiben“; nach Gajus wird es also dem Schicksal der Caducität entzogen, der es nach der Regel der l. J. et P. P. verfallen sein würde. Diese abweichende Entscheidung erklärt sich wohl aus dem Umstand, dass man mit dem S. C. Plancianum der l. J. et P. P. gegenüber den Weg der Ausnahmegesetzgebung beschritten hatte, ihre Normen also nicht mehr prinzipiell anwandte. — Dem Fiduciar ohne dolus ist der gewaltunterworfenen Fiduciar gleichgestellt (l 10 § 2 D. de his quae ut ind. 34, 9): auch er behält das fid. tac.

Unter den römischen Juristen war es streitig, bei welchen Voraussetzungen etwas „tacite“ hinterlassen sei: nach Julian ist dies der Fall, wenn die betr. Verfügung weder aus dem Testament noch aus Codicillen

ersichtlich ist; ihm genügt auch die leiseste Andeutung in diesen Urkunden, um die Forderung des „palam relinquere“ zu erfüllen (l 103 D. de leg. I^o; l 3 pr. D. de jure fisci 49, 14). Marcellus und Paulus dagegen verlangen, dass der Gegenstand des Fideicommisses und die Person des Fideicommissars mit voller Sicherheit aus dem Testament oder Codicill sich ergebe, wenn der Thatbestand des „palam relinquere“ vorliegen solle; jeder anderen Art der Verfügung haftet nach ihrer Meinung der Makel des fid. tac. an, ohne Rücksicht darauf, ob sich Spuren von deren Vorhandensein in dem Testament oder Codicill finden (l 123 D. de leg. I^o; l 40 de jure fisci D. 49, 14).

2) Beneficium Trajani.

Quellen l 13, l 15 § 3 D. de jure fisci 49, 14.

Schon in der lex Julia et Papia Poppaea war es dem incapax zur Pflicht gemacht worden, das caducum anzuzeigen; wenn er es unterlassen hatte, konnte die Anzeige von einem anderen erfolgen, der dann dafür eine bestimmte Belohnung erhielt (das praemium vulgare l 13 § 5 D. de jure fisci. — Heineccius, ad l. J. et P. P. S. 443 ff.).

Trajan erliess ein Edikt, in welchem er demjenigen, der ein in seiner Person vorhandenes caducum selbst anzeigte, die Hälfte des caducum als Belohnung versprach, sofern der Fiskus in dem betreffenden Fall auf das caducum Anspruch hatte (et probasset etiam ad fiscum pertinere l 13 § 1 D. eod.); denn über das Anrecht derjenigen Personen, die vor dem Fiskus das caducum beanspruchen konnten, vermochte der Kaiser nicht zu verfügen. Es ist ausdrücklich hervorzuheben, dass das beneficium Trajani sich nur auf caduca, nicht auf ereptoria bezieht (arg. l 13 § 8. 9. de jure fisci, l 5 § 20 D. de his quae ut indign. 34, 9).

Das edictum Trajani hatte ganz besonders die Person des erwerbsunfähigen Fideicommissars im Auge, dem ein tac. fid. zugedacht worden war: ihm sollte zu Gunsten des Staatsschatzes die Gelegenheit geboten werden, durch Aufopferung der Hälfte, der Gefahr vorzubeugen, das Ganze zu verlieren. — Eine Reihe kaiserlicher Verordnungen beschäftigt sich eingehend mit dem praemium Trajani: Habgier und durch sie bedingte Nachgiebigkeit des Fiskus gegen den Fideicommissar wetteifern mit einander auf der Jagd nach dem fid. tac. Hierher gehören:

- a) ein späteres Edikt Trajans l 13 § 1 D. de jure fisci.
- b) ein Reskript Hadrians l 13 § 4 D. eod.
- c) eine Epistel Hadrians l 13 § 5 D. eod.
- d) eine Verordnung von Antoninus Pius l 13 § 7 D. eod.

Ein schärferes Vorgehen gegen die Anwörter auf das praemium Trajani zeigen das unten näher zu besprechende Reskript des Antoninus Pius (l 49 D. de jure fisci), ein Reskript Marc Aurels (l 13 § 6 D. eod.) und ein anonymer Senatsbeschluss (l 42 § 1 D. eod. in Verbindung mit l 15 § 4 D. eod.).

3) Die Ereption des fideicommissum tacitum.

Quellen: l 49 D. de jure fisci 49, 14; l 59 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2.

a) Nach dem Erlass des S. C. Plancianum war das fid. tac. caduc geworden und damit den gewöhnlichen Schicksalen der Caducität unterworfen. — Die Bedürfnisse des Fiskus wuchsen; man sann auf neue Mittel, sie zu befriedigen: das fid. tac. bot die erwünschte Gelegenheit, Geld zu machen. Voll Entrüstung über diese für die Staatskasse so empfindliche Verletzung der Gesetze wird auf Kosten der nach jus antiquum und der in der caducorum vindicatio Bevorrechtigten das Unrecht auf folgende Weise gesühnt: ein Reskript des Antoninus Pius bestimmt, dass die Quart des fid. tac., die seit dem S. C. Plancianum caduc geworden war, ereptorium werden sollte. Dadurch hatte man wenigstens für diesen Teil des fid. tac. die lästige Konkurrenz derer beseitigt, hinter denen freilich auch jetzt noch der Fiskus für den Rest des fid. tac. zurückstehen musste. — In l 17 § 2 D. de usuris 22, 1 wird ein Reskript des Antoninus Pius erwähnt, nach dem der Fiduciar jeden Vorteil, der mit dem fid. tac. zusammenhieng, an den Fiskus verlieren soll; dieses Reskript ist wohl mit dem besprochenen identisch, beweist aber die energische Betonung fiskalischer Interessen. — Das in l 3 § 4 D. de jure fisci erwähnte Reskript des Antoninus Pius dürfte sich auf den Fall beziehen, dass alle vor dem Fiskus betreffs der caduca bevorrechtigten Personen fehlen.

b) Die Enthaltksamkeit des Fiskus gegenüber dem Rest des fid. tac. scheint auf keine zu harte Probe gestellt gewesen zu sein, wenn auch eine hierhergehörige Verordnung sich nicht findet. Aus l 18 D. de his quae ut ind. 34, 9 ergibt sich mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit, dass schon zu den Zeiten des Septimius Severus das fid. tac. in seinem ganzen Umfang ereptorium war: darauf weisen, in Verbindung mit dem von Papinian citierten Dekret des Septimius Severus, die Worte hin: „quod bonae fidei possessor fuisse non videtur extemplo bonorum fisco vindicatorum“ und § 1 eod.: „bonis universis ex causa tacⁱ fidⁱ fisco restitutis“; auch aus der Entscheidung § 2 eod. „relinquendum esse praedium integrum“ kann man schliessen, dass es der Regel nach hätte eripiert werden sollen; ferner ist von Wichtigkeit die l. 43 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 von Paulus § 3: „licet res quae [ita (d. h. als fid^a tac^a)] relictæ sunt auferantur“. — Eine weitere Stütze für die Ausdehnung der Ereption auf das ganze fid. tac. liegt in der Konstitution Caracallas, die dem Fiskus eine actio in rem aus dem fid. tac. als solchem zuweist (l 43 D. de jure fisci). — Ulpian's Bericht darüber (Ulp. 17, 2), dass seit einer Konstitution Caracallas alle caduca dem Fiskus zufallen, „reservato jure antiquo“ spricht nicht gegen die obigen Ausführungen, denn das fid. tac. ist kein caducum mehr. — L. 42 pr. D. de jure fisci gehört

nicht hierher, denn diese Stelle bezieht sich auf den Fall, dass das Vermögen des Fiduciars konfisziert worden war.

In diese Zeit fällt wohl auch die Konstitution (l 13 D. ad leg. Falc. 35, 2), die das Privileg des mit einem fid. tac. belasteten Gewaltunterworfenen auf die quarta Falcidia beschränkt, da die Kosten der Grossmut des Staates, die in der früheren Regelung dieses Falles lag (l 10 § 2 D. de his quae ut ind.), jetzt nicht mehr von den bezüglich des caducum Bevorrechtigten, sondern ausschliesslich vom Fiskus hätten getragen werden müssen.

Noch ist eine Konstitution Konstantins zu erwähnen (l. un. C. de his qui se deferunt 10, 13), die auch dem Fiduciar ein Drittel des fid. tac. als Prämie für die Anzeige zusichert; dieselbe Stelle verspricht der Frau des Erblassers, wenn von ihr die Anzeige ausgeht, das benef. Trajani unter ganz besonders günstigen Bedingungen; auf der anderen Seite freilich bedroht sie den occultator — „fisci et mulieris pariter inimicus“ — mit Konfiskation des ganzen Vermögens und Deportation.

Mit Rücksicht auf die Indignitätslehre, als deren angestammtes Inventarstück das fid. tac. an einen incapax in den Lehrbüchern aufgeführt wird, möge die Bemerkung erlaubt sein, dass die Stellung des indignus ex tac° fid° im Vergleich mit derjenigen aus den übrigen Indignitätsgründen zum mindesten eine eigentümliche ist: er kann durch Selbstanzeige wenigstens in den Besitz eines Teils des verwirkten Gutes kommen, worin eine Art Verzeihung von seiten des Staates liegt. Ferner wird er in dem Katalog der l 13 § 9 D. de jure fisci von Paulus (zu dessen Zeit das fid. tac. sicherlich bereits ereptorium war) nicht aufgeführt, was sich aus l 13 § 8 eod. nicht erklärt, denn in l 13 § 7 eod. tritt er in der That als delator auf und wird bloss wegen der Konkurrenz mit dem Fideicommissar, nicht aber deshalb, weil er „Fiduciar“ wäre, und noch weniger deshalb, weil er die Stellung eines indignus einnähme, abgewiesen; ausserdem möge in diesem Zusammenhang auch die l 1 C. de his qui se deferunt 10, 13 erwähnt werden*).

*) Anm. Es drängt sich übrigens der Gedanke auf, dass dieser Indignitätsfall schon zusammen mit der lex Julia et Papia Poppaea und ihren Caducitätsnormen verschwunden ist. — Nach der gegebenen historischen Entwicklung, die das fid. tac. in engster Verbindung mit der augusteischen Ehegesetzgebung zeigt, fehlt ihm zum mindesten heute jeder Boden; Voraussetzung für das tac. fid. ist die durch die l. J. et P. P. eingeführte Caducität: so wenig wie diese heute noch existiert, so wenig giebt es heute noch ein tac. fid. — Ein Beweis für die Zusammengehörigkeit des fid. tac. und der l. J. et P. P. ist der Umstand, dass die Juristen in den Titeln, die von der Ereption handeln (titt. D. 34, 9; 49, 14), das fid. tac. fast ausschliesslich in Kommentaren zur l. J. et P. P. behandeln, sofern einschlägige Stellen nicht etwa aus den Monographien des Gajus oder Paulus über das tac. fid. herrühren.

C. Die einzelnen Fälle.

Aus obigem Versuch, die geschichtliche Entwicklung des fid. tac. an incapaces darzustellen, hat sich ergeben, dass die bewusste Uebernahme eines derartigen Fideikommisses direkter gesetzlicher Regelung unterlegen ist: das fid. tac. an incapaces war verboten. Die Mehrzahl der hieher gehörigen Stellen trifft daher auch ohne weiteres auf Grund dieses gesetzlichen Verbots die Entscheidung. Der Thatbestand, dass jemand wissentlich als Fiduciar einem incapax die Erbschaft oder einen Teil derselben oder eine sonstige Zuwendung „tacite“ als Fideikommiss herauszugeben verspricht, wird in den Quellen folgendermassen bezeichnet:

a) Ulpianus 25, 17: si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat.

b) Paulus 1 43 § 3 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6: unus ex heredibus . . . qui tacitam fidem accommodaverat, ut non capienti partem ex eo, quod acceperat, daret mit Bezug auf dieselbe Person später: qui in fraudem legum fidem accommodat weiter unten wird von demselben Thatbestand gesagt: satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges.

c) Julianus 1 103 D. de leg. I^o: in tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum

d) Marcellus 1 123 § 1 de leg. I^o: . . si in fraudem legum tacitam fidem Sejus accommodasset . . .

e) Modestinus 1 59 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2: . . . qui non capienti rogatus est restituere hereditatem, S^s C^o Planciano non conceditur quartam retinere

f) Gajus 1 10 D. de his quae ut ind. 34, 9: in fraudem juris fidem accomodat, qui . . . id quod relinquitur tacite promittit restitutum se personae quae legibus ex testamento capere prohibetur.

g) Papinianus 1 11 D. eod.: heres qui tacitam fidem contra leges accommodavit, in ea parte quae (qua?) fraudem adhibuit, Falcidia non utitur

h) Papinianus 1 18 D. eod.: eum qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit; im § 2: heres . . . in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium suscepit.

i) Gajus 1 23 eod.: si quilibet heres tacite rogatus fuerit . . . ut quadrantem non capienti restituat

k) Callistratus 1 3 D. de jure fisci 49, 14: non intellegitur fraudem legi fecisse, qui rogatus est palam restituere; § 1: . . . in

eo, quod cujusque fidei palam commissum est, non esse existimandum, fidem suam in fraudem legis accommodasse; § 2: quando autem fraus interposita videatur, agendum est, id est utrum exitus spectari deberet an consilium et placuit exitum esse spectandum.

l) Paulus l 40 D. eod.: ita fidei heredis commisit: „rogo fundum Titio des, de quo te rogavi“; si Titius capere non possit, non evitabit heres poenam taciti fideicommissi: non enim est palam relinquere, quod ex testamento sciri non potest, cum recitatum est. quemadmodum nec ille palam dat, qui ita scribit: „rogo vos, heredes, in eo, quod a vobis peti, fidem praestetis.“ immo in priore specie majorem fraudem excogitasse videtur, qui non tantum legem circumvenire voluit, sed etiam interpretationem legis, quae circa tacitum fideicommissum habetur: quamvis enim fundum nominaverit, non tamen cognosci potest, de quo sit rogatus heres, cum diversitas rerum obscurum faciat legatum.

m) Valens l 42 D. eod.: . . . cum ejus, qui tacite rogatus fuerat non capienti fideicommissum reddere, bona publicata erant . . .

n) Ulpianus l 43 D. eod.: . . . fiscum in rem habere actionem ex tacito fideicommisso.

o) Paulus l 48 D. eod.: Statius florus heredis sui tacitae fidei commiserat, ut non capienti fundum daret . . .

p) Paulus l 49 D. eod.: cum tacitum fideicommissum is cui datum erat capere se nihil posse detulisset

q) Modestinus l 46 D. de hered. pet. 5, 3: praedonis loco intelligendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, ut non capienti restitueret hereditatem.

r) Paulus l 17 § 2 D. de usuris 22, 1: in tacito fideicommisso omne emolumentum heredi auferendum divus Pius rescripsit.

s) Papinianus l 83 D. de adq. vel ommitt. hered. 29, 2: si partem, ex qua quis heres institutus est, tacite rogatus sit, restituere

Alle diese beispielsweise angeführten Quellenstellen enthalten denselben Thatbestand und die Entscheidung ist in allen prinzipiell die gleiche: das tac. fid. an einen incapax, das der Fiduciar mit Kenntnis der Incapacität des Fideicommissars übernommen hat, ist eine Gesetzesverletzung. Die Rechtsfolgen, die sich an diese Verletzung im Einzelfall knüpfen, sind nach den Zeitperioden verschieden, aus welchen die einzelne Stelle stammt. Es ist bei dem fid. tac. verhältnismässig lange verweilt worden, weil hier das Wesen des in fraudem legis agere durch die grosse Zahl von Parallelstellen aus den verschiedensten Autoren ganz besonders klar hervortritt. In den angeführten Beispielen wird derselbe Thatbestand in prinzipiell gleicher Weise sechsmal unter Verwendung der Bezeichnung fraus legis und neunmal ohne diese Bezeich-

nung entschieden; sehr auffallend ist, dass Paulus (unter b.) in derselben Stelle denselben Thatbestand ausdrücklich als „in fraudem legis“ und später als „contra legem“ benennt; dasselbe dürfte bei Papinian (unter g.) zutreffen; dabei möge daran erinnert werden, dass die eine „Legaldefinition“ der *fraus* von Paulus her stammt!

Diese Anwendung resp. Nichtanwendung des Ausdrucks *fraus legi facta* in der gegebenen Stellenkonkordanz ist ein zwingender Beweis dafür, dass das Moment der Verstecktheit, das neben der Verletzung des betr. Rechtssatzes im Thatbestand der *fraus legi facta* vorhanden ist, auch in denjenigen der genannten Stellen, wo das Dasein der *fraus* ausdrücklich erwähnt wird, für die Entscheidung irrelevant ist: nicht weil eine *fraus legi facta* im Pfaff'schen Sinn vorliegt, sondern weil das Gesetz verletzt ist, wird die Entscheidung getroffen. Eine Besonderheit liegt hier nur insofern vor, dass die Gesetze über das *fid. tac.* überhaupt nicht anders, als in versteckter Weise, verletzt werden können. Dagegen ist keine Notwendigkeit vorhanden, aus der mehrmaligen Anwendung der Verbindung „*fraus legum*“ zu schliessen, dass damit die *l. J. et P. P.* gemeint sei; denn einmal wird die Form „*fraus legis*“ öfter gebraucht als „*fraus legum*“, und ausserdem konnte die grosse Zahl gesetzlicher Bestimmungen über das *fid. tac.* mit Recht als „*leges*“ bezeichnet werden.*)

II.

Bedingung der Ehelosigkeit bei letztwilligen Verfügungen.

Um die Hindernisse, die einer Eheschliessung im Wege stehen konnten, zu beseitigen, war in der Ehegesetzgebung des Augustus bestimmt, dass die einer Erbeinsetzung oder einem Legat hinzugefügte Bedingung der Ehelosigkeit und des Witwenstandes (letztere unter gewissen Modifikationen) *pro non scripta* gelten solle.

Der hieher gehörige Wortlaut der *lex Julia et Papia Poppaea* ist nicht überliefert; dagegen ist eine grosse Zahl von Anwendungsfällen

*) Anm. Die gewisse rechtliche Ungunst gegen den Fiduciar, von der Keller, Institutionen S. 413, spricht, und die er auf einen Einzelfall beschränkt, trifft nicht, wie Pfaff a. a. O. S. 168 meint, den Fiduciar darum, weil er „mitwirken sollte, einen in *fraudem legis* beabsichtigten Effekt herbeizuführen“, sondern weil er das Gesetz verletzte. — Ausserdem ist zu bemerken, dass l 27 D. de prob. 22, 3, die Pfaff a. a. O. als Beweis anführt für die Benachteiligung desjenigen, der im Verdacht der *fraus legi facta* steht, mit dem *fid. tac.* gar nichts zu thun hat; denn auch wenn der Bedachte den verlangten Beweis nicht führen kann, ist kein *tac. fid.*, sondern ein *palam relictum* vorhanden, da aus dem Testament sowohl der Gegenstand des Fideikommisses als auch die Person des Fideikommissars und des Fiduciars klar hervorgeht! Näheres über diese Stelle weiter unten.

erhalten. Aus ihnen geht mit Sicherheit hervor, dass die Fassung der Bedingung ganz gleichgültig war: die Bedingung wurde als eine Verletzung der l. J. et P. P. angesehen, wenn ihre Wirkung in Ehelosigkeit oder in einer Erschwerung der Eheschliessung bestand. Es giebt deshalb kein Schema von Bedingungen, die unter allen Umständen gegen das Gesetz verstossen, mit Ausnahme der Bedingung: „si non nupserit; si in matrimonium non duxerit“, aber ebensowenig ein solches von Bedingungen, die niemals eine Verletzung des Gesetzes enthalten können, denn eine jede Bedingung muss mit Rücksicht auf den einzelnen Fall geprüft und in ihrer Tragweite festgestellt werden. — Ein Beispiel dieser eindringlichen Berücksichtigung des Einzelfalls bietet l 63 § 1 D. de cond. et dem. 35, 1: hier ist die Bedingung: „si Titio nupserit“ bald wirksam, bald unwirksam, je nachdem Titius honestus ist oder nicht; dass die Bedingung „si Titio nupserit“ keine Verletzung des vermutlichen Wortlauts der l. J. et P. P. enthielt, darf man wohl aus den Schlussworten der l 63 cit. herleiten: itaque si Titius indignus sit, tale est quale si generaliter scriptum esset: „si non nupserit“. immo si verum amamus, durior haec condicio est quam illa: „si non nupserit“ nam et ceteris omnibus nubere prohibetur et Titio, cui inhoneste nuptura sit, nubere jubetur. Die häufige Wiederholung des Schemas „si non nupserit“ lässt den Schluss zu, dass das Gesetz auf diese Weise typisch die Bedingung bezeichnete, die gestrichen werden sollte; es dürfte dieser Wortlaut die einfachste und häufigste Erscheinungsform der verbotenen Bedingung gewesen sein (arg. l 22, l 72 § 5 D. de cond. et dem. 35, 1). Der Testator, der die Bedingung „si Titio nupserit“ seiner letztwilligen Verfügung zusetzte, kann in dem Falle, wo der Titius indignus war, optima fide gehandelt haben; ebenso möglich ist jedoch das Gegenteil. Nach der Pfaff'schen Theorie dürfte nur dann die Bedingung „si Titio (indigno) nupserit“ gestrichen werden, wenn auf seiten des Erblassers der Umgehungsdolus vorhanden gewesen wäre, denn der Wortinhalt war nicht verletzt, sondern nur die sententia legis. Der Jurist sieht jedoch, ohne diese internen Fragen zu berücksichtigen, in der Bedingung „si Titio (indigno) nupserit“ eine Verletzung des Gesetzes und entscheidet dementsprechend. — Ein weiteres Beispiel für die Schärfe der römischen Juristen bei der Beurteilung dieser Bedingungen ist in l 72 § 4 D. de cond. et dem. 35, 1 zu finden: „si arbitrato Titii Seja nupserit“ ist eine Bedingung, die ohne weiteres gestrichen wird, auch wenn der Titius nicht den geringsten Anlass zu der Befürchtung gegeben hat, dass er die Heirat der Seja hintertreiben könnte. Schon die Möglichkeit, dass durch Anerkennung einer solchen Bedingung die Eheschliessung erschwert oder gar die Ehelosigkeit erzwungen werden könnte, genügt, um in ihr eine Verletzung der l. J. et P. P. zu finden; auch in

diesem Falle lag sicher keine Verletzung des Wortinhalts vor; nur gegen die *sententia legis* war verstossen, wie der Jurist zum Ueberfluss noch ausdrücklich bemerkt; auch hier wird die Entscheidung wie in l 63 cit. ohne Rücksicht auf den etwaigen *dolus* des Testators gefällt.

Zweimal wird in diesem Zusammenhang von einer Bedingung in *fraudem legis* gesprochen:

1) l 64 § 1 D. de cond. et dem. 35, 1:

Terentius Clemens: quod si ita scriptum esset „si Ariciae non nupserit“, interesse, an *fraus legi facta* esset: nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum ipso jure rescindi, quod *fraudandae legis gratia* esset adscriptum: legem enim utilem rei publicae, subolis scilicet procreandae causa latam, adjuvandam interpretatione.

Der Testator hat seinem Legat an eine Frau die Bedingung „si Ariciae non nupserit“ beigefügt; der Jurist entscheidet dahin, dass diese Bedingung gestrichen werden solle, wenn es sich nach der Lage des Falles um eine Person handle, die anderswo als in Aricia einen Mann „nicht leicht“ finden könne. — Es dürfte auf Grund der obigen Ausführungen einleuchten, dass nach Untersuchung der besonderen Thatumstände dieselben Erwägungen, die in der l 63 cit. die Bedingung „si Titio nupserit“ als gesetzwidrig erscheinen liessen, dem Juristen genügten, um die Bedingung „si Ariciae non nupserit“ in l 64 cit. als Gesetzesverletzung zu streichen, so dass es nicht nötig ist, mit einem besonderen Institut der *fraus legi facta* zu operieren. Wenn der Testator, abgesehen von diesen Punkten, ausserdem die Absicht hatte, durch seine Verfügung die Heirat der Betreffenden zu erschweren, ohne doch gegen den Wortinhalt des *lex J. et P. P.* zu verstossen, so kann dieser Umstand dem Thatbestand eine besondere Färbung verleihen; die Bedingung muss aber ohne Rücksicht darauf gestrichen werden, denn es liegt eine regelmässige Gesetzesverletzung vor.

In dieser Stelle sind die Begleitumstände bei der Verwendung des Wortes *fraus* bemerkenswert: nachdem die Bedingung „si Ariciae non nupserit“ genannt ist, wird in erster Linie untersucht „an *fraus legi facta* esset“. Nach der Barthelmes-Pfaff'schen Theorie müsste man nun erwarten, dass den Inhalt der Untersuchung vor allem die Frage bildete, ob der Testator die „Umgehungsabsicht“ gehabt habe. Davon ist jedoch keine Rede, sondern er wird nur gefragt, ob eine Erschwerung der Heirat im Einzelfall vorliege: die Erschwerung der Heirat in dieser Umkleidung des Thatbestandes erscheint nun als die *fraus legi facta*, als eine Verletzung des Gesetzes, die insofern eine Besonderheit bietet, als sie nicht auf den ersten Blick sichtbar ist, und darauf beruht die Entscheidung des Falles. Fast absichtlich ist von der Berücksichtigung

des so naheliegenden dolus des Testators in dieser Stelle Abstand genommen.

2) l 79 § 4 D. de cond. et dem. 35, 1.

Papinianus: quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet, veluti: „Titio patri centum, si filia, quam habet is in potestate, non nupserit, heres dato“ vel „filio familias, si pater ejus uxorem non duxerit, heres dato.“

Die Bedingung: „mein Erbe soll einem Vater 100000 geben, wenn dessen gewaltunterworfenen Tochter nicht heiratet“ oder „mein Erbe soll einem gewaltunterworfenen Sohn 100000 geben, wenn dessen Vater nicht mehr heiratet“, wird gestrichen.

Der Vater kann durch Consensverweigerung die Heirat der Haustochter erschweren, wenn er sie auch nicht mehr ausnahmslos vereiteln kann (l 19 D. de ritu nuptiar. 23, 2). — Der Erwerb des Haussohns fällt der Regel nach ipso jure an den Vater; daher steht das Legat an den Haussohn jedenfalls ökonomisch dem Legat an den Vater gleich.

Die Erschwerung der Heirat dadurch, dass der mit dem Legat bedachte Gewalthaber die Heirat zu vereiteln suchen wird, ist ebenso fühlbar, wie die Behinderung, welche darin liegt, dass die Heirat abhängig gemacht wird von dem Gutdünken eines Dritten (l 72 § 4 cit.). Die Versuchung, Witwer zu bleiben, ist ebenso gross bei der Aussicht auf die Bereicherung durch das dem Haussohn zugedachte Legat, wie die Verlockung, die dadurch entsteht, dass dem Witwer selbst unter der Bedingung der Ehelosigkeit ein Legat hinterlassen wird, denn in beiden Fällen kommt der eventuelle Erwerb ipso jure in das Vermögen des Witwers. Die Bedingung aber, welche die Heirat des Bedachten von dem Gutdünken eines Dritten abhängig macht, und die Bedingung, welche die Ehelosigkeit des Bedachten fordert, gelten als gewöhnliche Gesetzesverletzungen und werden als solche gestrichen; deshalb trifft die ihnen in der Wirkung völlig gleichstehenden Bedingungen, dass die Haustochter des Bedachten oder dass der Gewalthaber des Bedachten nicht heirate, dasselbe Schicksal: auch sie verletzen das Gesetz, das Bedingungen kassiert, die eine Erschwerung der Eheschliessung oder gar die Ehelosigkeit enthalten. — Die objektive Gefahr dieser Bedingungen für das Zustandekommen von Ehen, nicht aber eine etwa vorhandene subjektive Willensrichtung des Erblassers, ist der Grund für die Entscheidung in der besprochenen Stelle, die in keiner Hinsicht abweicht von den Prinzipien der zum Vergleich herangezogenen Fälle, wo der Terminus „fraus“ nicht gebraucht worden ist. Fraus bedeutet hier die heimliche und ausserdem bewusste Verletzung des Gesetzes.

Die scheinbare Ausnahmestellung der l 79 § 4 cit., welche darin besteht, dass in den dort aufgestellten beiden Fällen nicht demjenigen, in

dessen Person die dem Gesetz widerstreitende Wirkung der Bedingung eintritt, sondern einem Dritten die letztwillige Gabe zugedacht ist — dass also durch die Zuwendung von dem Testator nur indirekt die Ehelosigkeit erreicht werden will, wird durch die folgende Stelle völlig beseitigt: l 77 § 2 D. de cond. et dem. 35, 1: Titius soll 100 000 als Legat bekommen, wenn die Seja nicht heiratet; diese 100 000 soll er der Seja als Fiduciar herausgeben. Papinian entscheidet: „si nupserit mulier die legati cedente fideicommissum petet“.^{*)} Dem Titius, der als Fiduciar der Seja das Legat bekommen soll, ist es unter der Bedingung zugedacht, dass die Seja nicht heirate. Die l. J. et P. P. knüpfte zwar an den Fall an, dass die Bedingung der Ehelosigkeit oder des Witwenstandes einem Legat oder einer Erbeinsetzung hinzugefügt werde; zweifellos war aber nach dem Wortlaut des Gesetzes Voraussetzung für die Streichung dieser Bedingung die Identität der Person des letztwillig Bedachten und des zur Erfüllung der Bedingung Verpflichteten; in der vorliegenden Bedingung kann also an sich eine Verletzung des Gesetzes nicht gesehen werden. Die Seja, um deren Ehelosigkeit es sich handelt, soll ein Fideicommiss erhalten; diese letztwillige Zuwendung ist für sie ohne jede Bedingung gemacht; von einer Verletzung des Wortinhalts der l. J. et P. P. kann keine Rede sein. Mit dem Fideicommiss, das der Seja zugedacht ist, ist nicht ein Erbe, sondern ein Legatar belastet; dass es nur dann wirksam wird, wenn das Testament aufrecht erhalten wird und der Legatar auch wirklich das Legat erwirbt, ist eine allgemeine rechtliche Voraussetzung, die durch die l. J. et P. P. in keiner Weise angetastet werden sollte; die Seja befindet sich also in der gewöhnlichen Lage eines Fideicommissars, dessen Fideicommiss einem Legatar auferlegt ist.

Eine Besonderheit liegt jedoch in unserem Fall nicht sowohl darin, dass das Legat des Fiduciars bedingt ist; auch nicht darin, dass der Eintritt der Bedingung einzig von dem Willen der Frau abhängt, sondern darin, dass dieser Eintritt die Ehelosigkeit der Frau voraussetzt: will sie also das Fideicommiss bekommen, so muss sie den Eintritt der Bedingung des Legats herbeiführen, d. h. ehelos bleiben. Diese Bedingung, die dem Legatar auferlegt ist, führt also indirekt zur Ehelosigkeit der Fideicommissarin, und darin sieht Papinian eine Verletzung der betreffenden Vorschriften der Ehegesetze; er stellt das bedingungslose Fideicommiss an die Frau, dessen Wirksamkeit von ihrer Ehelosigkeit abhängt, einem Fideicommiss unter der Bedingung „si non nupserit“ gleich, und streicht die dem Fiduciar gesetzte Bedingung, um der Fideicommissarin

^{*)} An m. Die nachfolgende Bemerkung: „remoto autem . . .“ bezieht sich auf einen Thatbestand, bei dem das Fideicommiss an die Seja nicht angeordnet worden ist; in diesem Fall wird die Zulässigkeit der cautio Muciana verneint.

den Erwerb des Fideicommisses zu sichern, ohne dass diese zur Ehelosigkeit gezwungen wäre. — Der Wortinhalt des Gesetzes ist unverletzt, aber gegen seinen Sinn verstösst diese letztwillige Anordnung, und deshalb beseitigt sie Papinian; auf den Umstand, dass eine solche Anordnung der Umgehungsabsicht des Testators ihre Entstehung verdanken könnte, wird keinerlei Rücksicht genommen; obgleich diese Absicht mit grösster Wahrscheinlichkeit vorauszusetzen ist, hat sie doch in keiner Weise die Entscheidung Papinians beeinflusst.

Die l 77 § 2 cit. hat insofern Ähnlichkeit mit der l 79 § 4 cit. als hier wie dort durch die Setzung der Bedingung indirekt das Ziel der Ehelosigkeit erreicht werden soll; in l 77 cit. ist der Beweis erbracht, dass eine solche Bedingung als Gesetzesverletzung aufgefasst wird, und damit ist zu gleicher Zeit nachgewiesen, dass auch für die Entscheidung der l 79 § 4 cit. diese Grundlage genügen muss.

III.

Die Capacitätsnormen.

Der caelebs und orbus sollte durch die lex Julia et Papia Poppaea zur Ehe gezwungen werden; das Mittel, welches die Gesetzgebung anwandte, war, dass sie den Ehelosen und Kinderlosen mit der Incapacität belegte. Die Incapacität war im Gesetze zwar nur bezüglich der hereditates und der legata ausgesprochen (Gajus II, 286); das Prinzip, der wirkliche Inhalt, dieser typischen Bestimmungen war aber überhaupt die Ausschliessung oder Beschränkung im Erwerb von Vermögensvorteilen im Zusammenhang mit letztwilligen Verfügungen. Wenn auch ein Zögern sich bemerkbar machte, die Capacitätsnormen auf die Fideicommisses anzuwenden, so lag der Grund nicht sowohl darin, dass man den angeführten Grundgedanken des Capacitätsinstituts nicht durchsetzen wollte, als vielmehr darin, dass die Fideicommisses, wie bereits früher dargelegt wurde, noch längere Zeit nach Augustus, im Vergleich zu den übrigen erblasserischen Verfügungen, überhaupt eine eigentümlich privilegierte Stellung einnahmen. — Auch der Umstand, dass in l 35 pr. D. de mortis causa donat. 39,6 ein besonderes S. C. überliefert ist, durch welches die mortis causa donatio der lex Julia et Papia Poppaea unterstellt wird, spricht nicht gegen das hier für die Capacitätsnormen aufgestellte Prinzip; denn es ist keineswegs ausgeschlossen, dass das S. C. nur ein bestehendes Gewohnheitsrecht codifizieren sollte (im Unterschied z. B. vom S. C. Pegasianum, Gaj. II, 286 a). Die „multae variaeque quaestiones“, die durch das S. C. hervorgerufen wurden, widersprechen dieser Auffassung nicht, denn sie beziehen sich auf den Begriff der

mortis causa donatio und nicht auf die Anwendung der lex Julia et Papia Poppaea. Eine Stütze für die vertretene Ansicht bietet beispielsweise der Ausspruch Julians in l 17 D. eod.: „donationes mortis causa . . . legatorum instar obtinent“ und Ulpians Meinung, die sich nicht auf die l. J. et P. P. beschränkt, in l 37 D. eod.: quodcumque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.

Einen Anhaltspunkt für den angegebenen Grundgedanken der lex J. et P. P. kann man darin finden, dass Ulpian in der l 36 D. eod. sogar das condicionis implendae causa datum ohne Rücksicht auf seine Herkunft den Capacitätsnormen unterstellt: die juristische Form, in die der letztwillige Vermögensvorteil sich kleidet, ist ohne Bedeutung — mag er direkt oder indirekt gegeben sein — mag er aus dem Vermögen des Erblassers selbst oder aus dem eines Dritten herkommen — entscheidend ist für die Anwendung der Capacitätsnormen nur die thatsächliche Bereicherung im Zusammenhange mit einem letzten Willen; als Typen für einen solchen Thatbestand führt das Gesetz die Erbeinsetzung und das Legat an.

Von diesem Standpunkt aus erklären sich folgende Stellen, bei denen der Ausdruck *fraus* vorkommt, leicht:

1) l 27 D. de probat. et praesumpt. 22, 3.

Scaevola: qui testamentum faciebat, ei qui usque ad certum modum capere potuerat legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est: „Titio centum do lego, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat, in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex redditibus praediorum ejus . . . in rem meam converti.“ quaero an Titius ea exigere potest. respondit, si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adjecisse.

Ein Testator gesteht einem incapax gegenüber eine Reihe von Schulden zu; auf die Frage, ob der incapax ohne weiteres klagen könne, antwortet Scaevola, er könne klagen, wenn er die wirkliche Entstehung dieser Schulden zu beweisen vermöge; andernfalls habe es wegen der Incapazität des angeblichen Gläubigers den Anschein, als ob diese Posten im Testament in fraudem legis geschrieben seien.

2) l 37 § 6 D. de leg. III^o.

Scaevola: Titia . . . cum negotiis suis opera Callimachi semper uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu sua ita cavit: *Τιτία διεθέμην καὶ βούλομαι δοθῆναι Καλλιμάχῳ μισθοῦ χάριν δηνάρια μυρία*: quaero, an haec pecunia ex causa mercedis ab heredibus Titiae exigi possit. respondi non idcirco quod scriptum est exigi posse in fraudem legis relictum.

Auch hier gesteht der Testator einem incapax gegenüber Schulden zu und Scaevola fällt eine ähnliche Entscheidung: zum Beweis für das Dasein dieser Schulden soll die Anerkennung im Testament nicht genügen.

Aus dem oben aufgestellten Grundgedanken des Capacitätsinstituts ergibt sich, dass dieses berücksichtigt werden muss, wo immer eine tatsächliche Bereicherung im Zusammenhang mit einem letzten Willen stattfinden soll; es liegt auf der Hand, dass in den Fällen der l 27 und l 37 citt. der vom Testator anerkannte Gläubiger durch den Erwerb der betreffenden Forderungen aus dem Testament bereichert wird, wenn keine Schuld existierte; dass er also in ökonomischer Beziehung dieselbe Stellung einnimmt, wie ein Legatar oder Fideicommissar. Der Erwerb dieser zugestandenen Forderungen fällt also deshalb gradeso unter die l. J. et P. P. wie der Erwerb eines Legats, und daher muss konstatiert werden, ob wirklich eine Forderung aus onerosem Geschäft vorliegt oder nicht, um dann im letzteren Falle die Capacitätsvorschriften anzuwenden.

Diese Darlegungen, die auf allgemeinen Erwägungen beruhen, werden aber unterstützt durch folgende Aussprüche von Scaevola selbst, von dem die besprochenen Entscheidungen herrühren: l 88 § 10 D de leg. II^o: „quisquis mihi heres erit, sciat, debere me . . . deposita apud me a Seleuco . . . denaria tria, quae . . . protinus reddi et solvi . . . jubeo“. quaesitum est, an, si non deberentur, actio esset. respondi, si non deberentur nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso; und l 93 § 1 D. de leg. III^o. „Semproniae . . . reddi jubeo ab heredibus meis centum aureos, quos mutuos acceperam“. quaesitum est, si hanc pecuniam ut debitam Sempronia petens victa sit, an fideicommissum peti possit. respondit . . . posse ex causa fideicommissi peti, quod apparuisset, non fuisse ex alia causa debitum.

Scaevola sieht in der letztwilligen Anordnung der Bezahlung von nichtentstandenen Schulden Fideicommissen und seine Entscheidungen in l 27 und l 37 citt. gründen sich darauf, dass er die Anordnungen, falls die angegebenen Schulden nicht bestehen, für Fideicommissen hält; und auf diese selbstverständlich die Capacitätsnormen zur Anwendung bringt. Daraus ergibt sich aber mit Sicherheit, dass das Moment der *fraus* im Barthelmes-Pfaff'schen Sinne für die Entscheidung gänzlich irrelevant war; *fraus legi facta* bedeutet auch hier die verborgene Verletzung des Gesetzes, die in diesen Fällen ausserdem noch eine bewusste ist.

3) l 7 D. de cond. inst. 28,7.

Pomponius: si quis sub condicione heredes instituisset, si invicem cavissent se legata eo testamento relicta reddituros, placet remitti eis condicionem, quia ad fraudem legum respiceret, quae vetarent quosdam legata capere: quamquam et si cautum esset, in ipsa actione exceptione tuendus esset promissor.

Den Erben, die unter der Bedingung eingesetzt sind, dass sie sich gegenseitig stipulierten, die angeordneten Legate auszubezahlen, wird die Erfüllung dieser Bedingung erlassen, weil sie gegen die l. J. et P. P. verstosse. Die Verpflichtung, Legate unter allen Umständen auszubezahlen, umfasst indirekt eine mögliche Verletzung der Capacitätsgesetze; wenn die Uebernahme dieser Verpflichtung zum Inhalt einer Bedingung gemacht wird, so ist damit die Ermöglichung einer Rechtsverletzung von dem bedingt Berechtigten gefordert; eine solche Bedingung wird jedoch als *contra bonos mores* gestrichen (cf. l. 9 D. eod.). — Im gegebenen Falle ist nicht einmal davon ausgegangen, dass in der That incapaces unter den Legataren vorhanden sind; die Pfaff'schen Requisite des *dolus* und der falschen wörtlichen Interpretation sind nicht zu finden; die Entscheidung kann also nichts mit dem Pfaff'schen in *fraudem legis* agere zu thun haben; sie beruht auch nur darauf, dass die betr. Bedingung als *condicio turpis* angesehen und als solche gestrichen wird. Die versteckte Verletzung der l. J. et P. P., die in der angegebenen Bedingung liegt, wird als *fraus legi facta* bezeichnet.

IV.

Das patronatische Pflichtteilsrecht gegen den libertus centenarius.

Nach dem praetorischen Edikte hat der Patron nur dann ein Pflichtteilsrecht, wenn der libertus keine leiblichen Kinder hinterlässt. Die lex Julia et Papia Poppaea griff auch hier ein und gab dem Patrone gegen den libertus, der 100000 Sesterzien hinterliess, ein Pflichtteilsrecht für den Fall, dass der libertus weniger als drei Kinder hatte. Dadurch sollte der begüterte Freigelassene, dem man es eher als dem mittellosen zumuten konnte, veranlasst werden, dem Staat, wenn er seine letztwillige Verfügungsfreiheit behalten wollte, mindestens drei Kinder zu erzeugen.

l. 16 pr. D. de jure patronatus 37, 14.

Ulpianus: si libertus minorem se centenario in fraudem legis fecerit, ipso jure non valebit id quod factum est, et ideo quasi in centenarii liberti bonis locum habebit patronus: quidquid igitur quaquaratione alienavit, ea alienatio nullius momenti est.

Der libertus centenarius hat sich zu einem minor centenario gemacht, um das patronatische Pflichtteilsrecht nicht zur Entstehung kommen zu lassen; die zu diesem Zwecke vorgenommenen Veräusserungen sind nichtig.

Die Grösse des Pflichtteils richtet sich nach der Grösse der Intestatportion; die Grösse der Intestatportion nach der Zahl der Mitberechtigten

und nach dem Umfang des erblasserischen Vermögens im Augenblicke des Todes. Vom ökonomischen Standpunkt aus ist natürlich der Umfang des hinterlassenen Vermögens der ausschlaggebende Faktor bei der Berechnung des Pflichtteils. — Das Pflichtteilsrecht sollte einen Schutz gegen die Willkür des Erblassers bilden; wenn letzterem jedoch erlaubt war, den Umfang der Erbschaft nach Belieben durch Schenkungen *inter vivos* zu verringern, so war ihm mittelbar die Möglichkeit gelassen, das Pflichtteilsrecht in Wirklichkeit zu einem *nudum jus* zu degradieren. Deshalb wurden zum Schutze des Pflichtteilsberechtigten die *querelae inofficiosae donationis* und *dotis* eingeführt, die unter gewissen Voraussetzungen im allgemeinen dem Pflichtteilsberechtigten zustanden; das Pflichtteilsrecht des Patrons wurde in dieser Beziehung durch die *actio Faviana* gewahrt.

Die Klagen zur Anfechtung von Schenkungen etc. standen dem Patron nicht zu, wenn der *libertus* durch Verschleuderung seines Vermögens weniger als 100 000 Sesterzien hinterlassen hatte; denn diese Klagen setzen das Vorhandensein des Pflichtteilsrechts voraus; dieses aber entstand erst beim Nachlasswerte von 100 000 Sesterzien. Die Billigkeit erforderte jedoch für den Patron ebenso einen Schutz für die durch Schenkungen etc. erfolgte Vereitelung seines Pflichtteilsrechts, wie gegen die durch die gleichen Handlungen herbeigeführte Schmälerung des Rechts: es gab keinen anderen Weg als die Nichtigkeitserklärung derjenigen Veräußerungen, die zu Schenkungszwecken etc. gemacht worden waren und das Vermögen unter 100 000 Sesterzien herabgedrückt hatten. Damit wurde der *libertus* zum *quasi-centenarius* gemacht und das Pflichtteilsrecht des Patrons konnte entstehen; die übrigen Veräußerungen, die sich nunmehr nur gegen die Grösse, nicht mehr gegen das Recht des Pflichtteils richteten, konnte der Patron unter bestimmten Voraussetzungen mit der Anfechtungsklage angreifen.

Mit der Einführung des Pflichtteilsrechts gegen den *centenarius* war die Notwendigkeit einer derartigen Bestimmung gegeben; die Nichtigkeitserklärung der Veräußerungen des *centenarius*, die das patronatische Recht vereiteln, ist nur eine analoge Anwendung der Grundsätze, die für die unter bestimmten Voraussetzungen statthaften Anfechtungsklagen gelten, auf einen Fall, wo diese Veräußerungen das Entstehen des Pflichtteilsrechts verhindern sollen. Die vorhandenen Unterschiede in der Wirkung sind hervorgerufen durch die eigentümliche Gestaltung des Pflichtteilsrechts gegen den *centenarius*, das nicht allein von der persönlichen Qualität des Berechtigten, sondern auch von der Quantität des Nachlasses abhängig gemacht war. — In der Anfechtungsklage liegt die Anerkennung eines Rechts des Pflichtteilsberechtigten auf die Berechnung des Pflichtteils nach einer vor den lucrativen Zuwendungen vorhandenen Maximalsumme

des Vermögens, sofern dieses dadurch unter ein bestimmtes Mass herabgedrückt worden war. Es kann zwar niemand gezwungen werden, sein Vermögen zu vermehren, um den Pflichtteil zu vergrössern (l 1 § 6 D. si quid in fraudem 38, 5); wohl aber kann man ihm unter bestimmten Voraussetzungen verwehren, es willkürlich durch Schenkungen zu mindern; die einmal erreichte Maximalsumme ist bei einer nachfolgenden grösseren derartigen Verminderung dem Pflichtteilsberechtigten gewissermassen „verfangen“. In der Erteilung des Pflichtteilsrechts liegt also zu gleicher Zeit ein gesetzlicher Anspruch des Berechtigten, dahingehend, dass die Maximalsumme unter gewissen Voraussetzungen von bestimmten Veräusserungen verschont bleibe, und insofern bildet eine derartige Verminderung der Maximalsumme durch den centenarius eine Verletzung des Gesetzes, das den Pflichtteil gab. Ulpian fasst also das Vorgehen des libertus auf als eine versteckte Verletzung der l. J. et P. P.; auf den dolus des centenarius kommt es auch hier für die Entscheidung nicht an.

§ 8.

B. Senatus consultum Vellejanum.

Einleitung.

Die fidejussio und die Darlehensaufnahme für andere seitens aller Personen weiblichen Geschlechts wird durch das S. C. Vellejanum für unverbindlich erklärt. Dieser Senatsbeschluss bezweckte, die Frauen gegen die Gefahr zu schützen, durch Übernahme fremder Verbindlichkeiten Vermögensschaden zu erleiden: *periculum rei familiaris* l 1 § 1 D. h. t.; *exceptio S^s Cⁱ locum non habet quia non fit pauperior* l 21 pr. D. h. t.; *exceptio hujus S^s Cⁱ non est profutura mulieri, neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum jam eam habeat* l. 16 pr D. h. t.

Die Willensschwäche und der Leichtsinns des weiblichen Geschlechts machten nach römischer Anschauung einen solchen Schutz nötig: die Hoffnung, dass der eigentliche Schuldner zahlen werde — (an Versprechungen von dessen Seite wird es niemals fehlen); die bequeme Form des Geschäfts — (mit einigen Worten oder mit Empfang der Darlehensvaluta ist die Sache abgemacht); die Abwesenheit eines jeden Gefühls von Belastung oder Entbehrung beim Abschluss des Geschäfts — (viel schwerer entschloss man sich, eine sofort direkt fühlbare Vermögensverminderung zu Gunsten eines anderen vorzunehmen, also zu zahlen oder zu schenken: *quia facilius se mulier obligat quam alicui donat* l 4 § 1 D. h. t.) — alle diese Punkte verleiteten wankelmütige Frauen zur Intercession. — Bürgschaft und Darlehensaufnahme waren die Geschäfte, durch die sich die Frauen am häufigsten in die Lage brachten, in der sie den Schutz des Gesetzes bedurften. An diese beiden Intercessionsformen knüpft nun auch das S. C. V. an, ohne jedoch ganz neues Recht bringen zu wollen: es sollte vielmehr nur ein vorhandenes, durch frühere Gesetzgebung vorbereitetes Gewohnheitsrecht bestätigt werden. Aber indem das S. C. die Bürgschaft und die Darlehensaufnahme für

andere nennt, will es nur ein Beispiel, einen Typus, für den Thatbestand schaffen, an den es Rechtswirkungen anknüpft. Statt diesen Thatbestand in abstrakter Weise zu definieren, lässt ihn das Gesetz vor unseren Augen entstehen und giebt unter den mehreren möglichen Faktoren, die ihn hervorbringen können, zwei durch ihr häufiges Vorkommen ausgezeichnete Ursachen an. Sucht man den Thatbestand des S. C. V. in abstrakter Form ohne Zuhilfenahme der genetischen Vorstellungen gewissermassen als Resultat der Auslegung zur Darstellung zu bringen, so gelangt man zu folgendem Ergebnis: Thatbestand des S. C. V. ist: Personen weiblichen Geschlechts haben direkt oder indirekt eine fremde Verbindlichkeit oder eine Verbindlichkeit für Fremde dem Gläubiger gegenüber übernommen in der Hoffnung, dass sie selbst die damit in ihrer eigenen Person entstandene Verbindlichkeit nicht werden erfüllen müssen; Rechtsfolge des S. C. V. ist: eine solche Übernahme von Verbindlichkeiten ist ungültig.

An drei Stellen des Titels ad S. C. Vellejanum wird von einer *fraus legi facta* ausdrücklich gesprochen.

I.

L 29 § 1 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1.

Paulus: Paulus respondit ea, quae in fraudem S^r Cⁱ, quod de intercessione feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere.

Paulus spricht hier ganz allgemein aus, dass was als absichtliche versteckte Verletzung des S. C. V. nachgewiesen werden könne, nicht für gültig zu erachten sei.

Es soll untersucht werden, ob dieser Ausspruch von Paulus mit dem im vorausgehenden „pr.“ dargelegten Intercessionsfall in Verbindung steht. Die Thatsache, dass der Satz des Paulus durch die Worte „Paulus respondit“ eingeleitet wird, ist für seine innere Beziehung zum „pr.“, resp. für den Mangel einer solchen an sich unerheblich.

Den Fall der Darlehensaufnahme für einen anderen nennt das S. C. V. ausdrücklich als verbotenes Intercessionsgeschäft; einen anderen Sinn können die Worte: „mutui dationes pro aliis“ nicht haben (l 2 § 1 D. h. t.); hier spricht das S. C. vom Standpunkt des Gläubigers aus, bei dem die Frau intercediert: dieser erhält eine Forderung gegen die Frau wie durch die Bürgschaftsstipulation so auch durch die Hingabe des Darlehens an die Frau. Der Ausdruck *fidejussio* bezeichnet die Vorgänge bei der Bürgschaft sowohl von der Gläubiger- als von der Bürgenseite aus; weil nun das ganze S. C. die Frauen betrifft, so könnte man annehmen, dass hier „*fidejussio*“ die Handlung der Frau bezeichnen soll,

und man könnte die folgenden Worte „mutui dationes pro aliis“ ebenfalls auf die Frau als handelnde Person beziehen. Die nähere Untersuchung lässt jedoch darüber keinen Zweifel, dass nicht die Frau „mutuum dat“, sondern der Gläubiger, und dass die Frau vielmehr „mutuum accipit.“ — Der Thatbestand der l 29 pr. D. h. t. ist in Kürze folgender: die Witwe des Lucius Titius nimmt für dessen Erben ein Darlehen auf und zahlt ihnen das empfangene Geld aus; ausserdem giebt sie dem Darlehensgeber ein Faustpfand. Paulus entscheidet dahin, dass die Frau die exceptio S^s Cⁱ Vⁱ habe, und dass die von ihr verpfändeten Gegenstände dem Darlehensgeber nicht haften sollen; die übrigen Erörterungen interessieren hier nicht.

Der Umstand, dass eine Frau für die Erben des Lucius Titius ein Darlehen aufgenommen hat, ist eine offensichtliche Verletzung des S. C. V.; die „verba“, nicht bloss die „sententia“ verbieten die Darlehensaufnahme für andere. Der Ausdruck „fraus“ im § 1 kann sich also nicht auf diesen Thatbestand*) beziehen. — Da nun diese inneren Gründe dagegen sprechen, den § 1 unserer Stelle mit dem pr. in Zusammenhang zu bringen, so ist anzunehmen, dass die Compileren den Thatbestand des paulinischen responsum weggeschnitten haben; eine gewisse Stütze für diese Annahme bieten die in § 1 wiederholten Worte „Paulus respondit“. Es scheint, dass die Compileren hier ebenso wie bei den Legaldefinitionen die Gelegenheit benützten, der bei einer speziellen Gelegenheit bezüglich des S. C. V. gemachten Bemerkung des Juristen dadurch allgemeine Bedeutung zu verschaffen, dass sie die Beziehung auf den Einzelfall absichtlich und äusserlich zerstörten.

II.

L 32 § 3 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1.

Pomponius: si mulier, ne ipsa intercederet, alii mandaret ut id faceret, an in hujus persona locus huic S^s C^o sit, qui rogatu mulieris id faceret? totus enim sermo S^s Cⁱ ad petitionem non dandam adversus

*) Anm. Baehr S. 88 a. a. O. sieht darin eine Umgehung des S. C. V.; er muss also die Worte „mutui dationes pro aliis“ anders auffassen; wie er sich jedoch mit den Stellen l 8 § 14, l 11, l 4 pr. D. h. t., l. 19 C. h. t. abfindet, ist schwer zu sagen. Pfaff S. 139. Anm. 10 a. a. O. kann diese Auffassung Baehrs nicht begreifen, und verfällt, um das Baehr'sche Citat der „l 29“ auf „l 29 § 1“ zu beschränken — obgleich jedes Wort, das Baehr gebraucht, auf den Fall der „l 29 pr.“ hinweist — auf den sonderbaren Ausweg, „dass Baehr etwa eine Ausgabe des corpus juris vorgelegen, bei welcher der von ihm zitierte Satz: ea quae in fraudem etc. nicht als selbständiger „§ 1“ bezeichnet war“. In allen von Pfaff „diesfalls nachgeschlagenen Ausgaben“ stehe unser Satz aber als „§ 1“ — —!

ipsam mulierem spectat. et puto rem ita esse distinguendam, ut, si quidem creditor, cui me obligavi mandante muliere, hoc in fraudem S^s Cⁱ egisset, ne ipsa interveniret contra S^s C^m, daret autem alium, excludendum eum exceptione fraudis S^s Cⁱ factae: si vero is ignorasset, ego autem scissem, tunc mandati me agentem cum muliere excludendum esse, me autem creditori teneri.

Die Frau hat einem Dritten den Auftrag gegeben, zu intercedieren; Pomponius gewährt die „exceptio fraudis S^s C^o factae“ ihr und ausserdem dem Dritten für den Fall, dass der Gläubiger, bei dem jener intercedierte, um die Thatsache, dass dies auf Grund des Mandats einer Frau geschehe, gewusst habe, weil damit das S. C. V. in versteckter Weise verletzt worden sei. *)

A) Prinzipielle Lösung.

Die verbotene Uebernahme der Verbindlichkeit mit Intercessionsabsicht kann seitens der Frau direkt und indirekt erfolgen; zum Beweis dieses Satzes diene folgendes: wenn die Frau selbst bei dem Gläubiger eines Dritten die Verbindlichkeit dieses Dritten übernimmt, so bildet den Inhalt des Vertrags, den sie mit dem betr. Gläubiger abschliesst, das Versprechen, die Schuld des Dritten zu erfüllen. Wenn die Frau durch einen Mandatar bei dem Gläubiger eines Dritten dessen Verbindlichkeit übernehmen lässt, so bildet den Inhalt des Vertrags, den der Mandatar mit dem Gläubiger abschliesst, das Versprechen, die Schuld des Dritten zu erfüllen; der Inhalt der Mandatsverpflichtung der Frau besteht in dem Versprechen, dem Mandatar alle Auslagen des Mandats zu ersetzen, also ihn zum mindesten von der für den Dritten übernommenen Schuld zu befreien. In beiden Fällen entsteht für die Frau die Verpflichtung, eine Vermögensleistung in der Höhe der Schuld des Dritten zu machen; in beiden Fällen hofft die Frau jedoch, aus ihrem Versprechen nicht in Anspruch genommen zu werden, weil der Dritte seine Schuld selbst bezahlen werde. — Auf Grund der Thatsache, dass in dem Falle, wo die Intercessionshandlung direkt von der Frau, und in dem Falle, wo sie von ihrem Mandatar vorgenommen wird, der Inhalt der Verpflichtung der Frau ökonomisch identisch und nur die Art der Verpflichtung juristisch verschieden ist, wird ihr in dem zweiten Falle geradeso wie im ersten gegen ihren Gläubiger die exceptio S^s Cⁱ Vⁱ gewährt. Jedesmal übernimmt die Frau eine fremde Verbindlichkeit mit dem einzigen Unterschied, dass diese Uebernahme das einmal dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber, das anderemal demjenigen gegenüber geschieht, der mit Willen der Frau die betreffende fremde Verbindlichkeit auf sich genommen und gegen die Frau eine mit der fremden Verbindlichkeit dem

*) Anm. Vgl. Gradenwitz, Ungültigkeit obligat. Rechtsgeschäfte S. 133.

Inhalt nach identische Mandatsforderung erworben hatte. Der Mandatar nimmt der indirekt intercedierenden Frau gegenüber dieselbe Stellung ein, wie der Gläubiger des Dritten gegenüber der direkt intercedierenden, denn die fremde Forderung konzentriert sich jetzt im Mandatar der Frau. Auf der andern Seite steht der Mandatar dem Gläubiger gegenüber, bei dem er intercedierte, und der weiss, dass die Intercession im Auftrag einer Frau erfolgte, in demselben Verhältnis wie eine direkt intercedierende Frau: der Gläubiger nützt in gleicher Weise den Leichtsinns der Frau aus, wenn ihr Mandatar intercediert, wie wenn dies die Frau selbst thut; deshalb wird dem Mandatar aus Billigkeitsrücksichten, und um überhaupt einer Klage aus dem Mandat gegen die Frau vorzubeugen, ebenso wie einer intercedierenden Frau, die *exceptio S^s Cⁱ Vⁱ* gewährt (*ne in mulierem mandati actio competat l 19 § 5 D. h. t.; ne alias actio intercidat l. 30 § 1 D. h. t.; quando haec actio periculo mulieris futura sit l 19 § 5 D. h. t.*).

Die Uebernahme der Mandatsschuld seitens der Frau gegenüber dem Intercedenten enthält also in gleichem Masse wie die direkte Intercession der Frau eine Uebernahme fremder Verbindlichkeiten und damit eine Verletzung des *S. C. V.*; aus diesem Grunde giebt Pomponius der Frau die *exceptio S^s Cⁱ Vⁱ*; ihrem Mandatar giebt er dieselbe Einrede aus den oben angeführten Erwägungen. — Für den Teil der Entscheidung, welcher die Frau betrifft, ist noch auf den Grundsatz der *l 2 § 1 D. de adm. rer. 50, 8* zu verweisen: *quod quis suo nomine exercere prohibetur, id nec per subjectam personam agere debet.*

B) Lösung durch eine Stellen-Konkordanz.

In *l 6. und 7. D. h. t.* ist zu dem besprochenen Fragment eine sehr wichtige Parallelstelle gegeben:

l. 6: Ulpianus: si fidejussores pro defensore absentis filii ex mandato matris ejus intercesserint, quaeritur, an etiam his senatus consulto subveniat. et ait Papinianus libro nono quaestionum exceptione eos usuros: nec multum facere, quod pro defensore fidejusserunt, cum contemplatione mandati matris intervenerunt. plane, inquit, si qui accepit eos fidejussores, matrem eis mandasse ignoravit, exceptionem *S^s Cⁱ* replicatione doli repellendam.

l 7: Papinianus: quamquam igitur fidejussor doli replicatione posita defensionem exceptionis amittat, nullam tamen replicationem adversus mulierem habebit, quia facti non potest ignorantiam praetendere. sed non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem in defensorem, quia mandati causa per *S^s C^m* constituitur irrita et pecunia fidejussoris liberatur.

I.) Um die Uebereinstimmung der Thatbestände und Rechtsfolgen der l 32 § 3 cit. und der l 6 und 7 citt. klarzulegen, sollen diese Stellen schematisch zergliedert werden.

Thatbestände:

l 6 und 7: Mandat einer Frau an einen Dritten, für den Verteidiger des abwesenden Sohnes zu bürgen, d. h. eine Intercessionshandlung vorzunehmen.

l 32 § 3: Mandat einer Frau an einen Dritten, eine Intercessionshandlung vorzunehmen; die Art der Intercessionshandlung und die Person dessen, für den sie vorgenommen werden soll, ist nicht näher bezeichnet.

Entscheidungen:

1) Bezüglich der Frau:

l 6 und 7: ihr steht die exceptio S^s C^i V^i gegen die actio mandati contraria des Mandatars zu; dies ist in l 6 nicht ausdrücklich ausgesprochen, wohl aber aus l 7 zu schliessen, wo dem Mandatar die „replicatio“ gegen die Frau verweigert wird; auch die Schlussworte der l 7 weisen darauf hin. Voraussetzung ist jedoch das Wissen des Mandatars um die Thatsache, dass er im Auftrag einer Frau intercediere (quia facti non potest ignorantiam praetendere).

l 32 § 3: dem Mandatar wird die Klage gegen die Frau verweigert, d. h. die Frau wird durch die exceptio S^s C^i V^i geschützt (tunc mandati me agentem excludendum esse). Voraussetzung ist auch hier das Wissen des Mandatars, dass er im Auftrage einer Frau intercediere (. . . . ego autem scissem).

2) Bezüglich des Gläubigers, bei dem intercediert wurde:

l 6 und 7: er hat die replicatio doli gegen den excipierenden Mandatar, wenn er in Unkenntnis darüber war, dass im Auftrag einer Frau intercediert werde; Voraussetzung hierbei ist das Wissen des Mandatars, dass das Mandat von einer Frau ausgehe.

l 32 § 3: er hat gegen den Mandatar, wenn er in Unkenntnis darüber war, dass im Auftrag einer Frau intercediert werde, die Klage aus dem Intercessionsgeschäft; Voraussetzung hierfür ist das Wissen des Mandatars, dass das Mandat von einer Frau ausgehe.

3) Bezüglich des Mandatars:

a) l 6 und 7: der Mandatar hat die exceptio S^s C^i V^i gegen denjenigen, bei dem er intercedierte, wenn dieser nicht in Unkenntnis darüber war, dass im Auftrag einer Frau intercediert werde (arg. l 6 indirekt).

l 32 § 3: der Mandatar hat die exceptio S^s C^i V^i gegen denjenigen, bei dem er intercedierte, wenn dieser in fraudem S^s C^i veranlasst hatte, dass die Frau nicht intercedierte, sondern einen Dritten stellte, der die

Intercession ausführen sollte; mit dieser Charakterisierung des Thatbestandes ist zum mindesten ausgesprochen, dass der Gläubiger nicht in Unkenntnis darüber war, dass im Auftrag einer Frau intercediert werde.

b) Der Mandatar hat gegen die excipierende Frau die *replicatio doli*, wenn er von dem Gläubiger, bei dem er intercediert hatte, zur Erfüllung gezwungen worden (mittels der *replicatio doli*) und wenn er selbst in Unkenntnis darüber gewesen war, dass er im Auftrag einer Frau intercediere; sei es, dass er sich in entschuldbarem Irrtum befand; sei es, dass ihn die Frau getäuscht hatte. — Diese Entscheidung ist in den besprochenen Stellen nicht ausdrücklich enthalten, sie ergibt sich aber indirekt aus l 7 und l 32 § 3 und ausserdem aus dem Umstand, dass der Mandatar der Frau gegenüber, wie oben sub A. ausgeführt wurde, dieselbe Stellung einnimmt wie der Gläubiger, bei dem die Frau selbst intercedierte; es greifen deshalb die Grundsätze der l 2 § 3 D. h. t., der l 4, l 11, l 12 D. h. t. Platz (cf. Windscheid, Pandekten § 486 Anm. 1, 2). — Wenn die Frau auf diese Weise ihre Mandatsverpflichtung hat erfüllen müssen, so bleibt ihr selbstverständlich der Rückgriff auf die Person dessen, für den intercediert wurde, unbenommen (*actio mandati*, *actio negotiorum gestorum*), sofern die Frau überhaupt die Verbindlichkeit als fremde übernommen hat (cf. Windscheid, Pandekten § 485 Nro. 3*).

c) l 7: der Mandatar hat die *actio negotiorum gestorum* gegen den, für den er intercedierte, wenn er die übernommene Verbindlichkeit hat erfüllen müssen, d. h. wenn der Gläubiger, bei dem er intercedierte, von der *replicatio doli* wirksam Gebrauch gemacht hatte.

l 32 § 3 trifft hierüber keine Entscheidung; aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist jedoch auch für diese Stelle die in l 7 enthaltene Bestimmung massgebend.

*) Anm. Eigentümlich ist in l 7 und l 32 § 3, dass die Wirksamkeit der Ansprüche des nicht dolosen Gläubigers, bei dem intercediert worden war, thatsächlich davon abhängig gemacht wird, dass der Mandatar wusste, dass eine Frau ihm das Mandat erteile; auch wenn der Mandatar sich darüber in Unkenntnis befunden hätte, müssten billigerweise dem Gläubiger dieselben Ansprüche an ihn gewährt werden, denn der Gläubiger soll doch wegen seines entschuldbaren Irrtums unbedingt gegen Nachteile geschützt werden. Wenn die gegen den Mandatar aus dem Intercessionsgeschäft entstandene Klage für den Fall, dass der Mandatar keine Kenntnis von der Frauenqualität seines Mandanten hatte, unwirksam wird, so hat der Kläger keine Möglichkeit, von der Frau Entschädigung zu fordern, während eine solche dem getäuschten oder im Irrtum befindlichen Mandatar gerade zum Ersatz für seine Leistungen an den Gläubiger offen stünde; Vangerow. Pandekten § 581 Anm. 1 Nro. 5 kommt zu anderen und wenig billigen Resultaten; er stützt sich auf die vielumstrittene l 19 § 5 D. h. t.

II.) Aus der angestellten Vergleichung hat sich ergeben, dass sowohl die Thatbestände, als auch die Entscheidungen in den beiden Stellengruppen in den wesentlichen Punkten übereinstimmen; eine Verschiedenheit liegt jedoch darin, dass in l 6 u. 7 keine Rede von einer *fraus legi facta* ist, während in l 32 § 3 diese Bezeichnung eine gewisse Rolle zu spielen scheint. Es leuchtet aber ein, dass dieses Moment der *fraus legi facta* auch in l 32 § 3 von keinem Einfluss auf die Entscheidung sein kann, wenn bei gleichem Thatbestand in l 6 u. 7 dieselbe Entscheidung getroffen wird, ohne eine auch nur andeutungsweise Erwähnung eines fraudulosen Handelns.

In l 32 § 3 ist auf seiten des Gläubigers zum mindesten ein „non ignorare“ bezüglich des Mandats der Frau vorhanden, d. h. die *fraus legi facta* umfasst hier zweifelsohne dasjenige subjektive Moment, das die l 6 zu ihrer Entscheidung erforderte. Das „Wissen“ des Gläubigers, das die l 6 verlangt, ist jedoch nicht der Umgehungsdolus im Pfaff'schen Sinn, sondern das subjektive Moment, das allgemein von dem S. C. V. vorausgesetzt wird: die Kenntnis der Thatsache, dass eine Frau direkt oder indirekt intercediere. — Der Thatbestand der l 32 § 3 enthält nun gegenüber der l 6 u. 7 noch ein Mehreres: den Umgehungsdolus im Pfaff'schen Sinn; da aber zum Inkrafttreten des Gesetzes das Vorhandensein des wahren gesetzlichen Thatbestands genügt und dieser in l 6 und l 32 § 3 gegeben ist, so ist damit bewiesen, dass auch in l 32 § 3 wegen dieser Übereinstimmung des gesetzlichen und des konkreten Thatbestandes die Rechtsfolgen des S. C. V. eintreten, und dass die Bezeichnung *fraus legi facta* lediglich eine nebensächliche Charakteristik des Thatbestands enthält: die versteckte und hier ausserdem absichtliche Verletzung.

III.) Übrigens kann allein aus dem Thatbestand der l 32 § 3 der Beweis geführt werden, dass die *fraus* als Umgehungsdolus im Pfaff'schen Sinn für die Entscheidung ganz irrelevant ist: der Klage des Gläubigers aus dem Intercessionsgeschäft steht die *exceptio S^s Cⁱ Vⁱ* entgegen, wenn das Mandat und die Intercession von ihm in fraudem *S^s Cⁱ Vⁱ* eingeleitet worden war. Die *fraus* im Pfaff'schen Sinn umfasst vor allem den Umgehungsdolus, d. h. die Absicht, den Wortinhalt des Gesetzes nicht zu verletzen, um ungehindert das zu erreichen, was nach dem wirklichen Inhalt des Gesetzes verboten ist; es ist also nach Pfaff die Kenntnis des Gesetzes Voraussetzung für die Entstehung einer *fraus*. Der Gläubiger würde deshalb nach Pfaff nicht mehr in fraudem legis handeln und seiner Klage würde die *exceptio S^s Cⁱ Vⁱ* nicht mehr entgegenstehen, wenn ihm die Kenntnis des Gesetzes fehlte, wenn er also den Umgehungsdolus nicht hätte. Der letzte Satz der l 32 § 3 müsste also umgesetzt werden können in: „si vero is (sc. creditor) non in fraudem

S^s Cⁱ egisset . . . me creditori teneri“; der Mangel des Umgehungs-dolus müsste also genügen, um die Anwendung des S. C. V auszuschliessen. Es ergibt sich jedoch auf den ersten Blick, dass dies nicht die Meinung des Juristen ist: um das S. C. V. auszuschliessen, genügt das „non in fraudem S^s Cⁱ egisse“ nicht, sondern es wird gefordert das „ignorare“ des Intercessionsmandats. Auch wenn der Gläubiger optima fide gehandelt hat, ohne jedes Bewusstsein davon, dass irgend eine Ungesetzlichkeit vorliege, aber Kenntnis davon gehabt hat, dass eine Frau Mandantin des Intercedenten sei, so tritt das S. C. V. in Anwendung. Wie es also auf der einen Seite nicht genügt, um das S. C. V. auszuschliessen, dass kein Umgehungsdolus vorhanden ist, so ist auf der anderen Seite der Umgehungsdolus nicht erforderlich, um den betreffenden Thatbestand dem Gesetz zu unterwerfen; vielmehr reicht schon das blosse „non ignorare“ völlig aus, um das S. C. V. zur Anwendung zu bringen, denn bei dieser Voraussetzung sind in dem konkreten Thatbestand alle diejenigen Momente enthalten, die das Gesetz erfordert.

III.

L 8 § 6 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1.

Ulpianus: sed si eum delegaverit qui debitor ejus non fuit, fraus S^s C^o facta videbitur et ideo exceptio datur.

Zur Klarlegung dieses Satzes muss auf die ihm vorhergehenden Paragraphen zurückgegriffen werden: l 8 § 3 bespricht den Fall, dass eine Frau in Erfüllung einer bereits übernommenen Intercessionsverbindlichkeit einen Schuldner delegiert habe; nach dem Satze „solvit enim qui reum delegat“ stehe ihr gradeso eine *condictio indebiti* zu, wie sie diese unter gewissen Umständen haben würde, wenn sie durch Zahlung von Bargeld die Intercessionsverbindlichkeit erfüllt hätte; l 8 § 4 fügt hinzu, dass in diesem Fall der Delegat der Frau, wenn er Nichtschuldner gewesen wäre, ebenso wie ein Fidejussor der Frau dem Delegatar gegenüber die Einrede des S. C. V. würde geltend machen können. L 8 § 5 will im Gegensatz zu dem Vorangehenden, wo die Rede war von der Erfüllung einer bereits bestehenden Intercessionsverbindlichkeit der Frau (*contra S^s C^m obligata*) durch Delegation, daran erinnern, dass es der Frau ebensowenig benommen sei, ihr Vermögen durch Delegation zur Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit zu verringern, wie sie von der baren Bezahlung fremder Schulden abgehalten werde; denn das S. C. V. wolle die Frau nur von einer übernommenen Verbindlichkeit befreien, nicht aber ein gemachtes Vermögensopfer ihr wiedererstaten.

Hieran schliesst sich obige l 8 § 6 mit der Bestimmung, dass eine

Frau, die zur „Erfüllung“ einer fremden Verbindlichkeit einen Nichtschuldner dem Gläubiger desjenigen, für den sie „zahlen“ wollte, delegiert habe, das S. C. V. verletze und deshalb die exceptio S^s Cⁱ Vⁱ geltend machen könne.

Eigentümlicherweise ist in l 8 § 5 für den Thatbestand der „Erfüllung einer fremden Schuld“ der Ausdruck „intercedere“ gebraucht; denn dass in dieser Stelle ein Gegensatz zu l 8 § 3, wo von der „mulier contra S. C. V. obligata“ die Rede ist, bezeichnet werden soll, ist unzweifelhaft. Auch soll durch die Anführung des Satzes „quia etsi pecuniam numerasset, cessaret S. C.“ im § 5, dem der Fall des obigen „intercedere“ gleichgestellt wird, angedeutet werden, dass es sich hier um „Erfüllung einer fremden Schuld“ handelt, nicht um Erfüllung einer Obligation der Frau, die durch die Intercession entstanden ist.

In engem Zusammenhang mit l 8 § 5 steht die Delegation in fraudem S^s Cⁱ Vⁱ; es ist also auch hier unzweifelhaft von einem Falle der Delegation zur „Erfüllung einer fremden Schuld“, nicht von einer Delegation zur Erfüllung einer Intercessionsverbindlichkeit die Rede; die „Bezahlung einer fremden Schuld“ wird aber von dem S. C. V. in keiner Weise berührt. — Die Delegation eines Schuldners wird in der Regel als Zahlung angesehen; die Frau, die fremde Schulden erfüllen will, kann demnach mit voller Wirkung zu diesem Zweck ihren Schuldner delegieren, denn die Delegation belastet sie mit keiner fremden Verbindlichkeit; sie verliert dadurch nur ein Vermögensstück, das in der durch die Novation mit dem Delegatar untergegangenen Forderung an den Delegaten bestand. Die Gefahr, gegen die das S. C. V. die Frauen schützen will, liegt nun in der Übernahme fremder Schulden, also in der Entstehung von Obligationen in der Person der Frau zu Gunsten anderer. Die Delegation eines Nichtschuldners ist für die Frau mit keinem augenblicklichen Vermögensentgang verknüpft, denn sie hatte gegen den Delegaten keine Forderung, die sie hätte verlieren können; der Delegat übernimmt aber in diesem Fall durch die Expromission eine fremde Schuld im Auftrag der Frau als ihr Mandatar, und damit entsteht für die Frau eine Verbindlichkeit aus diesem Mandatsverhältnis, dessen Inhalt mit der vom Delegaten übernommenen Schuld identisch ist. Die Delegation ist hier nur eine besondere juristische Form für die Übernahme einer fremden Schuld seitens des Mandatars einer Frau. Es ist aber oben unter II nachgewiesen worden, dass dieser Fall der Schuldübernahme durch Mandat unter die Bestimmung des S. C. V. fällt; die ihm völlig gleichstehende Delegation eines Nichtschuldners seitens der Frau, um eine fremde Schuld zu erfüllen, ist deshalb ebenfalls eine Verletzung des S. C. V., und der Ausdruck Ulpian's, dass hier in fraudem legis gehandelt werde, besagt nur, dass diese Verletzung eine versteckte sei. Die Stellung

dieses nichtschuldnerischen Delegaten gegenüber dem Gläubiger, bei dem er privativ als Mandatar intercedierte, ist mit der des Bürgen in l 6 u. 7 D. h. t. zu vergleichen, und daher hat auch er die exceptio S^s Cⁱ Vⁱ gegen den Gläubiger, bei dem er intercedierte; aber auch ihm steht dieselbe exceptio seitens seiner Mandantin entgegen.

In l 8 § 4 ist ebenfalls von einem Delegaten der Frau die Rede, der nicht ihr Schuldner ist; dieser Delegat intercediert nicht im Auftrag der Frau für einen Fremden, sondern durch seine Delegation soll nur die von der Frau übernommene Intercessionsverbindlichkeit erfüllt werden. Er steht dem Fidejussor gleich, den die Frau für ihre Verbindlichkeit aus dem Intercessionsgeschäft stellt, und ihm wird deshalb gegen den Gläubiger der Frau die exceptio S^s Cⁱ Vⁱ gewährt (l 16 § 1 D. h. t.); diese Einrede erhält er als accessorischer Schuldner, er hat sie gewissermassen nicht zu eigenem Recht: die Missbilligung, welche die Hauptverbindlichkeit trifft, umfasst auch ihre Accessionen „quia totam obligationem senatus improbat“.

§ 9.

C. Senatus consultum Macedonianum.

Einleitung.

Einem Haussohn ist ein Gelddarlehen gegeben worden; dieser Thatbestand hat nach dem S. C. Macedonianum zur Folge, dass der Gläubiger das Rückforderungsrecht nicht wirksam geltend machen kann.

Den Anstoss zum Erlass des S. C. M. gab der Umstand, dass Haussöhne sich durch Schuldenmachen Geldmittel zur Führung eines lasterhaften Lebenswandels verschafften und dann zu verwerflichen und für ihre Angehörigen gefährlichen Mitteln griffen, um diese Schulden zu bezahlen. Der Zweck, der durch dieses Gesetz erreicht werden sollte, war folgender: den Haussöhnen sollte es unmöglich gemacht werden, Bargeld durch Übernahme der Verpflichtung auf künftige Wiedererstattung zu erlangen; das Mittel, dessen sich die Gesetzgebung zur Erreichung dieses Zwecks bediente, war die Entziehung des Rückforderungsrechts, die dem Geldgeber gegenüber ausgesprochen wurde. — Da die Haussöhne am häufigsten durch das Gelddarlehen ihre unlauteren Bedürfnisse befriedigten, so knüpfte das Gesetz an dieses Geschäft als Typus an; die römischen Juristen sprechen sich über die typische Bedeutung des Darlehensgeschäfts deutlich aus: entscheidend sei die Geldhingabe, nicht der Name des Geschäfts, z. B. 1 3 § 3 D. h. t. nam pecuniae datio perniciose parentibus eorum visa est; 1 3 C. h. t. origo enim potius obligationis quam titulus actionis considerandus est. — Als der wirkliche Inhalt des Gesetzes ergiebt sich etwa folgendes: das Rückforderungsrecht des Gläubigers ist anfechtbar, wenn ein Haussohn direkt oder indirekt Bargeld oder zur sofortigen Versilberung andere Sachen als Geld erhalten und

im Zusammenhang damit eine direkte oder indirekte Verpflichtung auf künftige Wiedererstattung übernommen hat.

Ein weiterer Beweis dafür, dass die römischen Juristen in der Anführung des Gelddarlehens nur die Aufstellung eines Beispiels für die Entstehungsursache desjenigen Thatbestands, an den die Rechtsfolgen angeknüpft werden sollten, sahen, geht daraus hervor, dass sie in den Fällen, wo in der That vom juristischen Standpunkt aus ein Darlehen vorhanden ist, wie z. B. bei der Verwandlung einer Kauf- oder Mietschuld in eine Darlehensschuld ausdrücklich aussprechen, der Thatbestand des S. C. M. liege nicht vor, weil die Hauptsache, die numeratio pecuniae, fehle: l 3 § 3 i. f. D. h. t.: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatus consultum.

Hier möge noch bemerkt werden, dass ebenso wie die Anführung des Darlehenskontrakts so auch die Bezeichnung des Darlehensnehmers als filius familias typische Bedeutung hat: nicht nur der filius familias, sondern das Hauskind überhaupt soll die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ erhalten; aber bei dem Haussohn trat der Thatbestand des S. C. M. am häufigsten auf, und deshalb wurde er als Typus in das Gesetz aufgenommen (l 9 § 2, l 14 D. h. t.; l 6 § 1 C. h. t.). — An vier Stellen ist von einer fraus S^s C^o M^o facta die Rede.

I.

L 3 § 3 D. de S. C. Macedoniano 14, 6.

Ulpianus: is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuum pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio perniciose parentibus eorum visa est. et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatus consultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.

Wenn dem Hauskinde gestattet worden ist, das, was es aus anderen Kontrakten schuldete, als Darlehen zu behalten, so greift das S. C. M. nicht Platz, weil damit keine Geldzahlung verbunden ist; dieser Ausschluss des S. C. M. trifft aber nur zu, wenn durch diese Manipulationen keine versteckte Verletzung des S. C. M. herbeigeführt worden ist, indem z. B. derjenige, der wirksam kein Darlehen geben konnte, einen Verkauf abschloss, damit der Haussohn den Preis der Ware an Stelle der „Geldvaluta“ haben solle.

Es handelt sich hier um einen Kauf*), bei dem der Kaufpreis derartig bestimmt ist, dass er in dem Erlös aus einem vom Käufer sofort vorzunehmenden Verkaufe bestehen solle; die auf diese Weise gegen den ersten Verkäufer entstandene Kaufschuld wird dann in eine Darlehensschuld verwandelt. Das S. C. M. knüpft an die Thatsache an, dass ein Haussohn unter Übernahme der Verpflichtung auf künftige Wiedererstattung Bargeld erhält. Es liegt auf der Hand, dass diese Merkmale in der besprochenen Stelle vorhanden sind: der Haussohn hat sich Bargeld dadurch verschafft, dass er die Kaufschuld übernahm; wenn auch die „pecuniae numeratio“ von einer anderen Person erfolgte als von derjenigen, der gegenüber der Haussohn die Verpflichtung auf Bezahlung eingieng, so stehen doch die pecuniae numeratio und diese Verpflichtung des Haussohns in einem Causalzusammenhang; es ist also eine Gesetzesverletzung vorhanden, und deshalb hat der Haussohn die exceptio S. C. M. wie bei dem gewöhnlichen Falle des Darlehens. Nicht weil die Kaufschuld später in eine Darlehensschuld umgewandelt worden war, sondern weil schon durch Übernahme dieser Kaufschuld selbst der Thatbestand des S. C. M. vorlag, ist die gegebene Entscheidung getroffen.

II.

I 7 § 3 D. de S. C. Macedoniano 14, 6.

Ulpianus: mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutua dari possunt, an accipere debeamus, videndum. sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri: ait enim senatus „mutuam pecuniam dedisset“. sed si fraus sit senatus consulto adhibita, puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filio familias.

Dem Haussohn werden andere Fungibilien als Geld zum Darlehen gegeben; es fragt sich, ob er auch dann die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ haben solle. Ulpian verneint im Prinzip die Frage; wenn jedoch durch eine Darleihung solcher Fungibilien das S. C. M. heimlich verletzt werde, so solle dem Haussohn geholfen werden: z. B. die Fungibilien sind mit der Absicht als Darlehen gegeben worden, dass der Haussohn den Erlös solle verwenden können.

Die Verpflichtung des Haussohns gegenüber dem Darlehnsgeber geht in dem Falle der fraus legi facta auf die Rückgabe von anderen Fungibilien als Geld; darauf weisen die Worte: frumento etc. „mutuo“

*) Anm. Würde der Thatbestand unseres Fragments als mit dem der l 11 pr. de reb. cred. 12, 1 identisch angenommen werden, so würde überhaupt keine fraus, sondern eine offene Verletzung des S. C. M. vorliegen.

dato hin; ein sogenannter *contractus mohatrae* kann also nicht als vorliegend angenommen werden. Da jedoch die betreffenden Fungibilien für den Haussohn nur Tauschwert haben, so ist in diesem Falle die Hingabe der Fungibilien gleichbedeutend mit der Hingabe von Bargeld. Die Fungibilien sind nur das Mittel, um sofort Bargeld zu machen; ihr Gebrauchswert kommt gar nicht in Betracht. Um die Fungibilien und damit die Möglichkeit zu erlangen, sich sofort Bargeld zu verschaffen, musste der Haussohn die Darlehnschuld übernehmen; deshalb stehen die Übernahme der Darlehnschuld, die bei dem Erwerb der Fungibilien stattfand, und die *numeratio pecuniae*, die bei dem Verkauf der Fungibilien durch den Haussohn erfolgte, in einem Causalnexus: damit ist aber der Thatbestand des S. C. M. gegeben. Die Fungibilien dienen in diesem Fall indirekt dazu, dem Haussohn die Mittel zur Verschwendung zu bieten, und die Zahlung dieser Darlehnschuld ist um nichts weniger drückend für den Haussohn, der den Erlös aus den Fungibilien verprasst hat, als die Zahlung einer Gelddarlehnschuld.

Die Entscheidung Ulpian's ist nicht hervorgerufen durch die Berücksichtigung eines etwaigen Umgehungsdolus der Parteien im Pfaff'schen Sinn, sondern durch die Erwägung der besonderen Umstände des einzelnen Falls; auf Grund dieser Erwägungen stellt Ulpian dieses Darlehen dem Gelddarlehen gleich.

III.

I 7 pr. D. de S. C. Macedoniano 14,6.

Ulpianus: item si filius familias fidejusserit, Neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatusconsultum ait. idem Celsus libro quarto. sed Julianus adjicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutuum accepturus erat, fidejuberet alio reo dato, fraudem senatusconsulto factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias quam reo, quoniam et fidejussori filii subvenitur.

Bei der Übernahme einer bestehenden fremden Verpflichtung durch Bürgschaft wird dem Haussohn die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ nicht gewährt. Julian führt jedoch aus, dass der Haussohn von seinem Privileg Gebrauch machen dürfe, wenn eine *fraus*, d. h. eine versteckte Verletzung, gegen das S. C. M. dadurch verübt worden sei, dass der Haussohn Geldempfänger war, und einen anderen als Darlehnsnehmer vorschob, für den er sich dann verbürgte.

Der Haussohn lässt hier durch einen Vertreter ein Darlehen aufnehmen und übernimmt selbst die Bürgschaft für diese Darlehnschuld; im Zusammenhang mit dem Empfang des Bargeldes verpflichtet sich also der Haussohn, die Schuld seines Vertreters zu bezahlen. Der Causal-

zusammenhang zwischen dem Geldempfang und der obligatorischen Belastung des Haussohns liegt klar zu Tage und deshalb entscheidet Julian dahin, dass der Haussohn die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ habe. — Auch dem Vertreter des Haussohns wird gegen den Geldgeber die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ gewährt, um zu vermeiden, dass er Regress gegen den Haussohn nehme für den Fall, dass er vom Darlehnsgeber in Anspruch genommen werden könnte. Der Hinweis Julians auf die Thatsache, dass auch einem Bürgen des Haussohns die exceptio erteilt werde, erfolgt wegen der Gleichartigkeit des Verhältnisses zwischen dem Haussohn und seinem Vertreter im vorliegenden Fall und dem Haussohn und seinem Bürgen; in dieser Gleichstellung ist aber auch der Beweis enthalten, dass der Haussohn hier, wo er durch den Vertreter die Darlehenssumme empfängt, in Julians Augen ebenso für den wahren Darlehnsnehmer gilt wie dort, wo er direkt vom Darlehnsgeber die Valuta bekommt und für die Darlehnsschuld einen Bürgen stellt. — Auch hier ist also der Thatbestand gegeben, der vom S. C. M. gefordert wird: Erwerb von Bargeld im Zusammenhang mit einer obligatorischen Verpflichtung des Haussohns auf spätere Wiedererstattung als Bürgen oder Mandanten.

Wegen des Prinzips der von Julian getroffenen Entscheidung sei auf die analogen Fälle des S. C. Vellejanum verwiesen, wo die Frau sich des Mandats bedient, um zu intercedieren: ebenso wie hierin eine versteckte Verletzung des S. C. V. liegt, ist dies bei der Darlehnsaufnahme mit Hilfe des Mandatars hinsichtlich des S. C. M. der Fall.

IV.

I 7 § 1 D. de S. C. Macedoniano 14,6.

Ulpianus: idem (sc. Julianus) ait, si duos reos accepero filium familias et Titium, cum ad filium familias esset perventura pecunia, ideo autem reum Titium acceperim, ne quasi fidejussor auxilio senatusconsulti uteretur, utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam.

Der Haussohn und ein Gewaltfreier verpflichten sich als Correalschuldner auf Grund eines Darlehens, dessen Betrag allein dem Haussohn zugekommen ist; das Motiv für die Wahl dieser Geschäftsform ist die Absicht, dadurch dem Gewaltfreien, der etwa auch als Bürge an dem Geschäft hätte teilnehmen können, die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ zu entziehen. Julian entscheidet dahin, dass der Gewaltfreie wegen Verletzung des S. C. M. eine wirksame exceptio haben solle.

Dem Haussohn steht gegen den Darlehnsgeber ohne weiteres die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ zur Seite; dem Gewaltfreien, sofern er als Mandatar des Haussohns oder als sonst Regressberechtigter handelt, muss sie aus

ähnlichen Gründen erteilt werden, wie oben sub III in der 1 7 pr. cit. dem „reus“. Da allein gegen den Gewaltfreien aus der Correalschuld wirksam geklagt werden könnte, so würde damit ein Mandats- oder sonstiger Regressanspruch gegen den Haussohn entstehen, und um dieser Eventualität vorzubeugen, erhält auch der gewaltfreie Correalschuldner die exceptio. Wenn er auch juristisch nicht als Bürge betrachtet werden kann, so ist seine Stellung doch thatsächlich dieselbe, und er muss aus den gleichen Gründen wie der Bürge gegen den Darlehnsgeber geschützt werden (1 9 § 3 D. h. t.). — Die Motive der Parteien, die sie zum Abschluss des besprochenen Geschäfts veranlasst haben, sind für die getroffene Entscheidung belanglos: sie erfolgt, weil der Thatbestand eine Verletzung des S. C. M. enthält, die allerdings auf den ersten Blick nicht erkennbar ist.

In diesem Zusammenhang muss 1 7 § 8 D. h. t. Erwähnung finden: zwei Correalschuldnern ist ein Darlehen gegeben worden; beide sind Haussöhne; aber einem gegenüber befindet sich der Darlehnsgeber in entschuldbarem Irrtum. Dieser eine nimmt also juristisch denselben Platz ein, wie in 1 7 § 1 cit. der Gewaltfreie, da er der Regel nach die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ nicht erhält. Wenn aber die Darlehnsvaluta an denjenigen gekommen ist, dessen Haussohnqualität dem Geldgeber bekannt war, so soll auch der „Pseudogewaltfreie“ die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ bekommen. Es liegt also in § 8 derselbe Thatbestand vor, wie in § 1: ein Haussohn als Correalschuldner, der das Geld erhält; sein Mitschuldner dem Geldgeber gegenüber in der Stellung eines Gewaltfreien. Trotzdem, dass in § 8 jede Beziehung auf eine *fraus legi facta* fallen gelassen wurde, ist die Entscheidung mit der in § 1, wo die *fraus* ausdrücklich erwähnt ist, identisch. Damit ist ein weiterer Beweis dafür erbracht, dass auch in § 1 der Umgehungsdolus im Pfaff'schen Sinn für die Anwendung des S. C. M. ganz belanglos ist: Ulpian-Julian gewährt hier wie dort dem Correalschuldner des Haussohns die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ, um einem eventuellen Regress gegen den Haussohn vorzubeugen. — Die Bezeichnung „*fraus*“ könnte übrigens auf § 8 mit demselben Recht wie auf § 1 cit. angewandt werden.

Zusatz: Bisher ist nur auf der Schuldnerseite von einer Zwischenschiebung von Personen die Rede gewesen; in 1 7 § 7 D. h. t. wird diese auch auf der Gläubigerseite vorgenommen: A giebt das Darlehen, B lässt sich vom Haussohn die Rückgabe versprechen; obgleich B nicht der Geldgeber ist, so steht ihm doch die exceptio S^s Cⁱ Mⁱ entgegen; ja sogar wenn B sich in entschuldbarem Irrtum befand, kann ihm dies nichts nützen, sofern der eigentliche Geldgeber die Haussohnqualität des Promissars gekannt hatte. Dieselbe Entscheidung wird gefällt, wenn zwei Correalgläubiger vorhanden sind, von denen der eine die Haussohnqualität des Geldnehmers

kannte. — In allen diesen Fällen ist der Wortinhalt des S. C. M. nicht verletzt, denn der betreffende Stipulant hat kein Darlehen gegeben; trotzdem kann er die Forderung aus dem Verbalkontrakt, die er gegen den Haussohn erworben hat, nicht wirksam geltend machen, denn diese steht in engem Zusammenhang mit der Hingabe der Darlehnsvaluta an den Haussohn, und dieser hat das Privileg, jede derartige Forderung durch die Einrede des S. C. M. zu entkräften. Eine „Umgehungsabsicht“ des Darlehnsgebers im Pfaff'schen Sinn kann in diesen Fällen mit Wahrscheinlichkeit angenommen werden; sie ist sogar in dem ersten Beispiel des § 7 cit. fast nicht wegzudenken; trotzdem werden die Entscheidungen ohne Rücksicht darauf gefällt, und dies gestattet einen Schluss auf ihre Irrelevanz auch in den Stellen, wo ihr Vorhandensein ausdrücklich erwähnt wird. Die Bezeichnung „fraus“ wäre übrigens mit vollem Recht auf 1 7 § 7 angewandt worden, denn eine versteckte Verletzung liegt zweifellos hier vor.

§ 10.

D. Anhang:

Aus der Sklavengesetzgebung des Augustus.

I.

Lex Aelia Sentia.

A.

Die lex Aelia Sentia bestimmte, dass ein minor XX annis nur vindicta und nach vorheriger causae probatio apud consilium freilassen dürfe; andernfalls sei die Freilassung nichtig (Gaj. I, 38).

An zwei Stellen wird in diesem Zusammenhang von einer fraus legi facta gesprochen:

1) l 7 § 1 D. qui et a quibus manumissi 40, 9.

Julianus: minor annis XX cum servum manumittere vellet nec justam causam ad consilium manumittendi haberet, tibi eum ut manumitteres, dedit (fiduciae causa mancipavit): negavit eum Proculus liberum esse, quoniam fraus legi facta esset.

Pernice, Labeo Bd. III¹ p. 128 ff. hat nachgewiesen, dass in den Stellen, welche die Mancipation eines Sklaven mit der Auflage der Freilassung behandeln, ein pactum fiduciae zwischen dem Mancipanten und dem Empfänger vorauszusetzen sei; die Mandatsgrundsätze seien von den Compilatoren nach Streichung der fiducia in die betreffenden Stellen hineingetragen worden.

Im vorliegenden Falle wird die von dem fiduciarischen Erwerber vorgenommene Freilassung von Proculus für ungültig erklärt, weil sie eine heimliche Verletzung des Gesetzes enthalte (Pernice a. a. O. S. 301 Anm. 1). — L 2 § 1 D. de adm. rer. 50, 8 von Ulpian spricht ein Prinzip aus, das auf die Entscheidung des Proculus ein helles Licht

wirft: quod quis suo nomine exercere prohibetur, id nec per subjectam personam agere debet: was der mancipio dans nicht auszuführen vermag, kann er auch nicht durch den fiduciae causa mancipio accipiens erreichen; — wie also die Freilassung durch den minor selbst ungültig wäre, so ist sie es auch durch seinen Vertrauensmann (analoge Entscheidung z. B. l 6 pr. D. de jure patronat. 37, 14). Die Entscheidung des Proculus müsste ebenso lauten, auch wenn er den Ausdruck „fraus“ nicht gebraucht hätte, denn nicht die Heimlichkeit des Vorgehens, sondern die Verletzung des Gesetzes giebt den Ausschlag.

2) l 16 § 1 D. qui et a quibus manum. 40, 9.

Paulus: si partem, quam in communi servo habet minor XX annis, manumittendi causa tradat (fiduciae causa mancipet), nihil aget: sed si, cum ipse causam probare posset, tradiderit (fiduciae causa mancipaverit), nulla fraus intellegitur.

Paulus geht hier noch weiter als Proculus-Julian oben in l 7 § 1 cit.: nicht nur die Freilassung, sondern schon der Mancipationsakt seitens des minor zum Zweck der fiduciarischen Manumission wird für ungültig erklärt. Paulus sieht schon hierin eine Verletzung der lex Aelia Sentia, obgleich eigentlich nur eine Vorbereitungshandlung vorliegt; — aber mit Recht: die lex Aelia Sentia wendet sich gegen die in jugendlichem Übermut grundlos und wahllos vorgenommenen Manumissionen; die Gefahr für den Staat und für das Vermögen lag in dem Leichtsinne des allzu jungen Freilassers. Den Manumissionswillen des minor soll das Gesetz treffen, sowie er in einer Handlung in die Erscheinung getreten ist; man wollte nicht abwarten, bis die gesetzwidrige Manumission direkt oder indirekt vom minor vollzogen worden wäre, sondern griff schon bei den vorbereitenden Schritten ein, denn schon in ihnen ist die vom Gesetz verpönte Willensäußerung implicite vorhanden. Paulus zieht jedoch zu gleicher Zeit Schranken gegen eine dem Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechende Handhabung dieser verfeinerten Prinzipien: die Vorbereitungshandlung des minor XX annis soll nicht ungültig sein, wenn dieser selbst das Haupterfordernis der lex Aelia Sentia, die causae probatio, zu erfüllen imstande gewesen wäre. Konsequenterweise ist auch die unter diesen Umständen von dem fiduciarischen Erwerber vorgenommene Freilassung gültig.

Die Bezeichnung fraus wird von Paulus ausdrücklich nur bei dem zweiten Falle und zwar in negativer Beziehung gebraucht; man kann jedoch daraus schliessen, dass Paulus dadurch indirekt den entgegengesetzten ersten Fall als fraus habe benennen wollen; aber gerade aus dieser nebensächlichen Verwendung des Ausdrucks fraus geht hervor, dass nicht das spezifisch fraudulose Moment die Entscheidung herbeigeführt hat, sondern die in der fraus liegende Verletzung des Gesetzes.

In diesem Zusammenhang verdient noch Erwähnung l 4 D. de servis

export. 18, 7 von Marcellus: si minor XX annis servum tibi in hoc venderit et tradiderit (mancipaverit), ut eum manumitteres, nullius momenti est traditio (mancipatio), quamquam ea mente tradiderit (mancipaverit), ut cum XX annos ipse explesset, manumitteres: non enim multum facit quod distulit libertatis praestationem: lex quippe consilio ejus parum firmo restitit.

Auch Marcellus steht bezüglich der Vorbereitungshandlungen auf dem gleichen Standpunkt wie Paulus: sie sind ungültig; Beachtung verdient der Umstand, dass bei dem vorliegenden, mit l 7 § 1 cit. und l 16 § 1 cit. so nahe verwandten Thatbestand die Bezeichnung *fraus legi facta* ganz vermieden wird; — ein weiterer Beweis dafür, wie wenig Bedeutung ihr als solcher für die Entscheidung eines Falles zukommt. Die Begründung, die Marcellus für seine Nichtberücksichtigung der befristeten Freilassung giebt, enthält ansserdem eine Stütze für das oben angegebene Prinzip des Gesetzes: die befristete Freilassung, die hier der minor indirekt vornehmen will, trägt die gleiche Gefahr für ihn und die Öffentlichkeit in sich, wie die unbefristete; denn auch sie entspringt dem Willen eines noch nicht zwanzigjährigen Menschen, und gegen diesen unreifen Willen, der sich in Thaten umsetzt, richtet sich das Gesetz; dies ist auch der Inhalt der Schlussworte.*)

*) An m. Zur Klarstellung des Standpunkts der römischen Juristen bei der indirekten Manumission seitens des dazu nicht legitimierten minor soll noch die Stelle Modestins l 31 D. de leg. II^o angeführt werden: „si quis quos non poterit manumittere legavit, ut manumitterentur, nec legatum nec libertas valet“ — und das ihr in einem hier nicht weiter zu verfolgenden Punkte widersprechende und zunächst auf die lex Fufia Caninia bezügliche Fragment von Paulus-Neratius l 37 D. de cond. et dem. 35, 1: si quis eum quem ipse manumittere non poterat, legaverit ita, ut eum legatarius manumitteret, . . . non est compellendus (sc. legatarius), ut manumittat, quoniam totiens secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quotiens contra legem nihil sit futurum. In beiden Stellen ist die Rede von einer indirekten Freilassung; in beiden Stellen ist der Wortinhalt der Gesetze zweifellos nicht verletzt, wohl aber der Sinn, und deshalb treten die Rechtsfolgen der „umgangenen“ Gesetze ein. In keiner der beiden Stellen wird aber der *fraus legi facta* Erwähnung gethan, obgleich sicher eine versteckte und wahrscheinlich auch eine bewusste Gesetzesverletzung vorlag; ausserdem wird in l 37 cit. der Thatbestand ausdrücklich als „contra legem“ bezeichnet. Näheres über die beiden Stellen vgl. bei Pernice, Labeo III¹ S. 293.

Die Tendenz der römischen Juristen, den wirklichen Inhalt des Gesetzes zur Anwendung zu bringen, und die Schärfe, mit der sie den konkreten Thatbestand auslegten, geht auch noch aus einer anderen Stelle dieses Titels hervor. Die lex Aelia Sentia bestrafte mit dem Verlust des Patronatsrechts den Patron, der sich Geldleistungen vom Freigelassenen ausbedungen hatte; in l 32 § 2 D. qui et quib. 40, 9 wird davon gesprochen, dass das Versprechen von Diensten

B.

Die lex Aelia Sentia bestrafte mit dem Verlust des Patronatsrechts denjenigen Patron, der einem männlichen oder weiblichen Freigelassenen den Eid, nicht zu heiraten, abgenommen hatte.

l 6 § 3 D. de jure patron. 37,14:

Paulus: si patronus libertam jure jurando adegerit, ut sibi nuberet, si quidem ducturus eam adegit, nihil contra legem fecisse videbitur: si vero non ducturus propter hoc solum adegit, ne alii nuberet, fraudem legi factam Julianus ait, et perinde patronum teneri, ac si coegisset jurare libertam non nupturam.

Ein Patron hat eine Freigelassene zu dem Schwur, ihn zu heiraten, veranlasst; wenn der Patron die Absicht hatte, sie zu heiraten, so ist das Gesetz nicht verletzt; wenn er aber diese Absicht nicht hatte, so ist in diesem Eide eine Verletzung des Gesetzes enthalten, und der Patron ist so anzusehen, als ob er der Freigelassenen den Eid, überhaupt nicht zu heiraten, abgenommen habe.

Eine eingehende Besprechung dieser Stelle ist nach den zur lex Julia et Papia Poppaea sub II gegebenen Ausführungen nicht nötig; es handelt sich auch hier um eine sorgsame Berücksichtigung der Wirkungen, welche die einzelne Bedingung im konkreten Falle hat; wenn diese in Ehelosigkeit bestehen, so tritt der Verlust des Patronatsrechtes ein. Weil sich dieses Resultat erst nach eingehender Untersuchung des Einzelfalles ergibt, so wird die betr. Bedingung mit Recht als eine versteckte Verletzung des Gesetzes, als eine *fraus legi facta*, bezeichnet.

C.

l 32 D. de manumissis testaments 40,4:

Ulpianus: sciendum est, necessario herede existente, quamvis se abstineat, tamen libertates competere, si modo non in fraudem legis Aeliae Sentiae datae fuerint.

und an deren Stelle von Geldleistungen eine Verletzung des Gesetzes nicht enthalte, weil der Freigelassene ja die Möglichkeit habe, durch Leistung von Diensten zu erfüllen (cf. auch l 6 § 1 D. de jure patr. 37,14). Der Wortinhalt der lex Aelia Sentia war hier verletzt, nicht aber ihr Sinn; deshalb sind die Stipulationen der Geldleistungen, obwohl sie „wörtlich“ verboten sind, gültig. Octavenus verlangt jedoch in derselben Stelle noch ein tieferes Eindringen in den einzelnen Thatbestand: auch wenn die Geldleistungen „sub titulo operarum“ stipuliert seien, der Patron jedoch nur darauf ausgehe („hoc solum agit“), die Geldleistungen und nicht die Dienste zu bekommen, so solle er dafür angesehen werden, dass er den Freigelassenen auf den „Geldwert der Dienste“ verpflichtet und deshalb gegen das Gesetz verstossen habe.

Die in einem Testament angeordneten Freilassungen sollen in Kraft treten, auch wenn ein vorhandener heres necessarius sich der Erbschaft enthält; Voraussetzung ist jedoch, dass diese Freilassungen keine heimliche Verletzung der lex Aelia Sentia mit sich bringen.

Die Stelle ist schwierig; auch aus dem ursprünglichen Zusammenhang (Lenel 1448) ergibt sich nichts zur Erklärung. Besonders auffallend ist die Ignorierung der lex Fufia Caninia. Es ist ausserdem kaum zu sagen, worin die versteckte Verletzung der lex Aelia Sentia im Testament besteht, wenn man nicht annimmt, dass es sich z. B. um die von einem minor XX annis im Testament angeordnete Freilassung durch einen Legatar handelt. — Ulpian scheint sagen zu wollen, dass nicht ohne weitere Prüfung alle angeordneten Freilassungen bei Abstinenz des heres necessarius wirksam werden sollen, sondern nur dann, wenn sie keine Gesetzesverletzung enthalten.

II.

Lex Fufia Caninia.

In Verbindung mit der lex Aelia Sentia möge noch die lex Fufia Caninia erwähnt werden, obgleich die hierhergehörigen Stellen nicht in den Digesten, sondern in den Institutionen des Gajus enthalten sind:

1) Gajus I, 46.

. . . nam et si testamento scriptis in orbem servis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis invenitur, nulli liberi erunt, quia lex Fufia Caninia quae in fraudem ejus facta sint rescindit. sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem ejus legis excogitata sunt.

Ein Testator hat die Namen der Sklaven, die er freilassen will, „im Kreise“ geschrieben; alle genannten Sklaven verlieren ihr Anrecht auf die Freiheit, weil unter ihnen keine Rangordnung hergestellt werden kann, und weil die lex Fufia Caninia versteckte Verletzungen nicht duldet.

Aus dem ganzen Zusammenhang der Stelle ist anzunehmen, dass der Testator die Zahl der Freilassungen, für die er kompetent war, überschritten hatte, denn sonst wäre nicht einzusehen, inwiefern eine Rangordnung nötig werden könnte. Der Wortlaut der lex Fufia Caninia ist nicht überliefert; von Bestimmungen über die Form der Freilassungen im Testament ist nur bekannt, dass die Freilassung „nominatim“ angeordnet werden muss. (Ulp. 1, 25; Pauli sent. 4, 14; l 24 D. de man. test. 40, 4.) — Die Epitome Gaji I, 2 § 2 kann zur Erläuterung der vorliegenden Stelle herangezogen werden. Nach ihr scheint die lex Fufia Caninia für den Fall, wo der Testator die Freilassung einer grösseren Zahl von Sklaven, als ihm zustand, angeordnet hatte, bestimmt zu haben, dass die gesetzliche

Normalzahl der Freilassungen auf die im Testament Genannten verteilt werden solle und zwar in folgender Weise: man solle diese Normalzahl von dem zuerst Genannten an in der durch die Aufführung im Testament gegebenen Reihenfolge abzählen; die innerhalb dieser Grenze Genannten sollten frei werden; die übrigen Sklaven bleiben. — Der Testator, der die Namen der Freizulassenden im Kreise aufzeichnet, so dass nicht mehr ersichtlich ist, welchen Namen er zuerst, oder in welcher Reihenfolge er von einem eventuell festzustellenden ersten Namen aus die übrigen angeschrieben hat, macht eine Abzählung der gesetzlichen Normalzahl unmöglich. Wenn aber eine solche Abzählung nicht stattfinden kann, ist auch die Feststellung der Zahl der gültigen Freilassungen unausführbar, und deshalb müssen alle Genannten im vorliegenden Falle Sklaven bleiben. Auch Gajus führt diesen Grund für die Entscheidung in erster Linie an; erst in zweiter Linie erwähnt er, dass die *lex Fufia Caninia* gegen heimliche Verletzungen geschützt werden solle. — Über die „besonderen Senatsbeschlüsse“ gegen versteckte Verletzungen der *lex Fufia Caninia* cf. oben Seite 27.

2) epit. Gaji I, 2 § 3 und 4.

§ 3 nam si aliquis in aegritudine constitutus in fraudem hujus legis facere noluerit testamentum, sed epistulis aut quibuscumque aliis rebus servis suis pluribus quam per testamentum licet, conferre voluerit libertates, et sub tempore mortis hoc fecerit, hi qui prius manumissi fuerint, usque ad numerum superius constitutum liberi erunt, qui vero post statutum numerum manumissi fuerint, servi sine dubio permanebunt. § 4. nam si incolumis quoscumque diverso tempore manumisit. inter eos qui per testamentum manumissi sunt, nullatenus computentur.

Jemand hat todkrank durch Briefe oder auf irgend eine andere Weise mehr Sklaven freigelassen, als ihm nach der *lex Fufia Caninia* erlaubt gewesen wäre, wenn er ein Testament gemacht hätte; diese Freilassungen sollen nur bis zur Normalzahl der *lex Fufia Caninia* gültig sein.

Die *lex Fufia Caninia* will niemanden zwingen, ein Testament zu machen, deshalb kann der Umstand, dass der betreffende Freilasser kein Testament machte, keine versteckte Verletzung des Gesetzes enthalten; wohl aber ist eine solche in den Handlungen zu sehen, die er an Stelle der Testamentserrichtung vornahm. — Die *lex Fufia Caninia* wollte dem Unwesen der letztwilligen massenhaften Freilassungen steuern; sie knüpft an den Thatbestand der Testamentserrichtung als Typus der letztwilligen Verfügungen an, und regelt die testamentarischen Freilassungen; dem Testament werden im Laufe der Zeit die *codicilli testamento confirmati* gleichgestellt, und daher auch die Freilassungen in diesen Urkunden der *lex Fufia Caninia* unterworfen (Paulus 4, 14 § 2). — Die massenhaften

letztwilligen Freilassungen, die das Staatswesen mit Freigelassenen überschwemmen, hatten ihren Grund in der besonderen Gemütsstimmung des Testators, der durch sie keinerlei persönlichen Nachteil, wohl aber eine Befriedigung seiner Eitelkeit empfand in der Erwägung der Dankbarkeit der Freigelassenen, die ihm ein ehrenvolles Andenken sicherte, und in der Berücksichtigung des Umstandes, dass die Freigelassenen seinen Namen trugen. — Im vorliegenden Falle werden von einem Kranken übermässige Freilassungen *sub tempore mortis*, d. h. kurz vor seinem Ende vorgenommen; der Jurist setzt diesen Thatbestand demjenigen gleich, wo die allzureichlichen Manumissionen im Testament erfolgen: dieselbe Gemütsstimmung ist hier bei dem todkranken Manumissor vorhanden; dieselbe Gefahr droht durch sie dem Staatswesen; deshalb entscheidet er, dass diese Freilassungen nur bis zur Normalzahl der *lex Fufia Caninia* gültig sein sollen. Der Todkranke handelt hier nach der Meinung des Juristen ebenso gegen die *lex Fufia Caninia* wie wenn er als Testator die Normalzahl überschreiten würde: es ist für den Juristen eine versteckte Verletzung der *lex Fufia Caninia* in dem Treiben dieses Kranken enthalten*).

Der folgende Paragraph der Epitome gehört nicht unmittelbar zur besprochenen Stelle, denn er handelt von einem Falle, wo der Manumissor ein Testament gemacht hatte. Er beweist aber die Richtigkeit der Vermutung, dass der persönliche Zustand des Manumissors ausschlaggebend sei: übermässige Freilassungen eines „in aegritudine constitutus *sub tempore mortis*“ würden, auch wenn, wie in § 4, ein

*) Anm. Pfaff bemerkt S. 146 a. a. O. zu dieser Stelle, dass sie mit den römischen Quellen, insbesondere mit Gajus' Bericht über die *lex Fufia Caninia* nicht übereinstimme, ohne jedoch anzugeben, worin diese Abweichung bestehe. Wenn er aber in Huschkes Worten (*Jurisprud. antej. ad Gaj. I, 46*) „*ex his tamen epitomator ea, quae §§ 3. 4. continentur, aliunde quam ex Gajo sumpsisse videtur*“ eine Bestätigung dieser Ansicht finden will, und ausserdem daran die Vermutung knüpft, dass „es vielleicht mit germanischen (westgotischen?) Ueberzeugungen zusammenhänge, welche vom Epitomator in ein römischrechtliches Gewand gehüllt wurden“, so kann ihm darin nicht beigestimmt werden. Huschkes Worte haben einen sehr harmlosen Inhalt: sie wollen nur besagen, dass die §§ 3. 4. anderswoher genommen zu sein scheinen als aus den Institutionen des Gajus, weil § 2 der Epitome dem § 46 der Institutionen entspricht und zwischen § 46 und 47 keine Lücke ist, in welcher der Inhalt der §§ 3. 4. der Epitome seinen Ursprung haben könnte. Ganz abgesehen davon, dass auch diese Meinung Huschkes nicht unbedingt überzeugend ist, weil vor § 46 24 Zeilen ausgefallen sind, die durch den Inhalt der Epitome keineswegs erschöpft sind, leuchtet es in keiner Weise ein, was die §§ 3 und 4 mit „germanischen Anschauungen“ zu thun haben sollen, denn sie beziehen sich in jedem Wort einzig und allein auf die *lex Fufia Caninia*!

Testament vorläge, der lex Fufia Caninia unterworfen sein. Dieser Schluss kann aus der Hervorhebung des Wortes „incolumis“ gezogen werden; damit ergibt sich jedoch auch, dass in den Worten „in aegritudine constitutus“ — „incolumis“ — „sub tempore mortis“ — „diverso tempore“ der Nachdruck liegt; nicht aber, wie Pfaff meint, in den Worten „testamentum“ — „epistula aut quaedam alia res“. — Die Möglichkeit, in der epistula eine fideicommissarische Anordnung zu sehen, möge beiläufig erwähnt werden.

Schlussbemerkung.

Der Widerstand gegen die *fraus legi facta* erfordert einen gewissen persönlichen Mut: die sichere Bahn der Gesetzesworte oder einer beinahe zum Gewohnheitsrecht verdichteten Kommentar- und Präjudizieninterpretation muss verlassen, die herkömmliche äusserliche und schematische Auffassung eines Thatbestandes muss aufgegeben, neue unbegangene Pfade, auf denen nur die eigene Geistesthätigkeit den Führer macht, müssen eingeschlagen werden, um zum Ziele zu gelangen. Es ist begreiflich, dass derjenige, der sich selbst misstraut — um nicht in die Lage zu kommen, eine eigene Meinung haben zu müssen — die Möglichkeit leugnet, auf einem anderen Wege als dem erstgenannten einem Thatbestand beizukommen. Da hat dann die Partei, die bei der bewussten *fraus legi facta* gerade auf die Kurzsichtigkeit des Richters rechnete, gewonnenes Spiel. Das Gericht aber, das eine Entscheidung dahin abgibt, dass ein bestimmter Thatbestand keine Verletzung, sondern nur eine Umgehung des Gesetzes enthalte, und das aus diesem Grunde die Anwendung des Gesetzes vermeidet, hat sein eigenes Urteil gesprochen.

In Perioden, wo Unselbständigkeit und Charakterlosigkeit überhandnehmen, macht sich eine Steigerung der Gelegenheitsgesetzgebung bemerklich: dem Richter, der nur da einschreitet, wo ihm das Wort den Rücken deckt, müssen deshalb die Worte gegeben werden. Darüber geht aber jedes Prinzip verloren; Widersprüche und Unklarheiten mehren sich so lange, bis eine Zeit kommt, wo Selbstbewusstsein und Charakterfestigkeit wiedererwachen, und der Einzelne den Mut hat, unabhängig von der Krücke des Wortlauts und dem äusseren Schein des Thatbestandes nach dem wahren Inhalt des Rechtssatzes und des Geschehenen zu forschen.

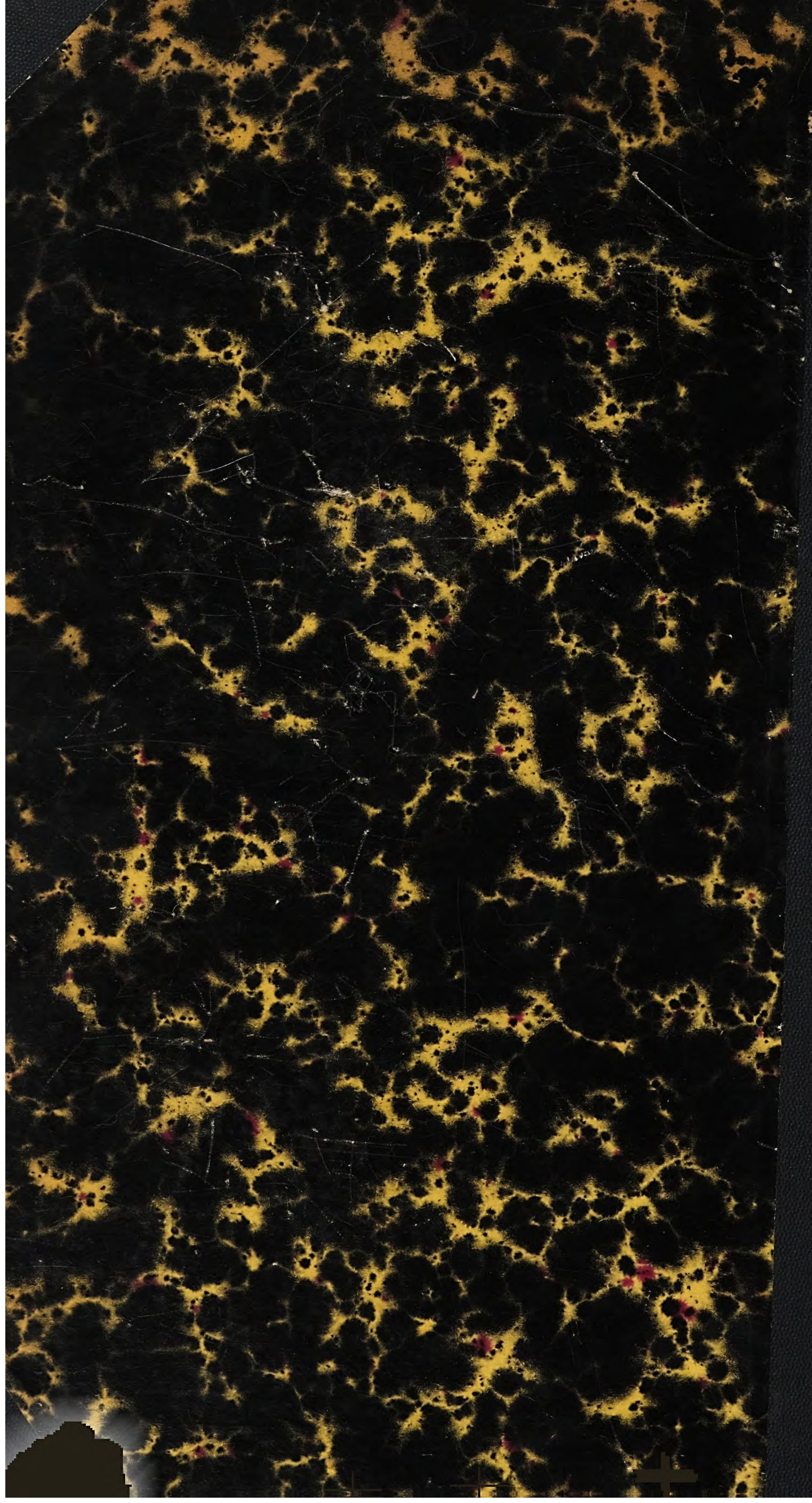
Thesen.

- 1) In l 27 D. de probat. et praesumpt. 22, 3 ist der Schlusssatz „videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adjecisse“ von den Compilatoren eingeschoben.
 - 2) Der Bischof kann an einer Kirche seiner eigenen Diöcese das Patronatsrecht haben.
 - 3) Der Richter hat das Recht, Reichsgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen.
 - 4) Die Anwendung des § 252 St.-G.-B. auf die Entwendung des § 370 Ziffer 5 St.-G.-B. ist ausgeschlossen.
 - 5) Reichstagsbeschlüsse, die von weniger als 199 Mitgliedern gefasst werden, sind verfassungswidrig.
-

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Paul Neff, evangelischer Konfession, am 28. Februar 1867 zu Stuttgart, als ehelicher Sohn des im Juni 1892 verstorbenen Verlagsbuchhändlers Paul Neff. Von 1875—1882 besuchte ich die ersten sieben Klassen des zehnklassigen Stuttgarter Gymnasiums. — In die Jahre 1882—1889 fallen ein einjähriger Aufenthalt am Genfersee zum Zweck der Erlernung der französischen Sprache, eine zweijährige buchhändlerische Lehrzeit im Geschäfte meines Vaters zu Stuttgart, die einjährig-freiwillige Dienstzeit im Infanterieregiment No. 125 zu Stuttgart (in dessen Reserve ich im November 1887 zum Secondlieutenant ernannt wurde) und eine dreijährige buchhändlerische Thätigkeit in Wien. — Im Juli 1889 bestand ich die Abiturientenprüfung am Stuttgarter Gymnasium und in den Jahren 1889 bis 1894 studierte ich die Rechte (mit vielen und langen Unterbrechungen) in München und Berlin. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich im Juli 1894 zu Berlin mit dem Prädikat „gut“ und das Rigorosum vor der Berliner Juristenfakultät im März 1895 mit dem Prädikat „magna cum laude“.

Meine Lehrer waren die Herren Professoren und Privatdozenten: v. Bechmann, Biermann, Brunner, Dambach, Dernburg, Eck, Gierke, v. Gneist, Goldschmidt, Gradenwitz, Grauert, Hellmann, v. Hertling, Hinschius, Hübler, Jacobi, Oertmann, Pernice, Schmoller, Seuffert; ich war Mitglied des romanistischen Seminars bei Herrn Professor Eck und Teilnehmer an den germanistischen Uebungen bei Herrn Professor Brunner sowie an den canonistischen Uebungen bei Herrn Professor Hinschius. Allen diesen Herren, die mich in meinen Studien sehr gefördert haben, spreche ich auch an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank aus.



Handwritten text on a yellow label, partially visible at the top right edge of the image.

Handwritten text on a yellow label, partially visible on the right edge of the image.

Neff, Paul

Beiträge zur Lehre von der *fraus legi facta* in den Digesten

Stuttgart 1895

J.rom.m. 358 y

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637748-2